UNIVERSITÉ DE TOULOUSE - FACULTÉ DE DROIT

L'INERTIE

DES

POUVOIRS PUBLICS

THÈSE

Pour le Doctorat en Droit

Présentée et soutenue le 28 Juillet 1948

PAR

PIERRE MONTANÉ DE LA ROQUE

LAURÉAT DE LA FACULTÉ

TOULOUSE

IMPRIMERIE MODERNE

22, rue Sainte-Ursule, 22

1950

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548920_0028

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE

HONORARIAT

MM. Cézar-Bru, C. ✻, Doyen honoraire.

Gheusi, O. ✻, Professeur honoraire, Recteur honoraire de l'Académie de Toulouse.

Magnol, ✻, Doyen honoraire.

Mestre, ✻, Professeur honoraire, Professeur honoraire de la Faculté de Droit de Paris.

James, Professeur honoraire, Professeur à la Faculté de Droit de Paris.

Clavelier, Secrétaire honoraire.

PROFESSEURS, AGREGES, CHARGES DE COURS

MM. Magnol, ✻, Chargé de cours de droit criminel ; doyen honoraire.

Maury, ✻, Professeur de législation comparée, doyen.

Hauriou, ✻, Professeur de droit constitutionnel, Conseiller de la République.

Boyer (G.), ✻, Professeur de droit romain, Assesseur du doyen.

Gabolde, ✻, Professeur de droit commercial.

Marty, ✻, Professeur de droit civil.

Bye, Professeur de législation française des finances et science financière, chargé de cours à la Faculté de droit de Paris.

Hébraud, Professeur de droit civil.

Couzinet, Professeur de droit administratif.

Raynaud, Professeur de droit civil, en mission à l'Ecole française de droit du Caire.

Ourliac, Professeur de droit romain chargé du cours d'histoire du droit.

Dauvillier, Professeur d'économie politique, chargé d'un cours de droit romain.

Vedel, Professeur de droit international public, chargé du cours de droit constitutionnel.

Vigreux, Professeur d'économie politique.

Cluseau, Professeur de droit colonial, chargé d'un cours d'économie politique.

Brimo, Agrégé, chargé du cours de droit international public.

Barrère, Agrégé, chargé du cours de législation française des finances et science financière.

Becqué, Agrégé, chargé du cours de procédure civile.

Héraud, Chargé de cours (législation coloniale).

Boyer (L.), Chargé de cours (droit civil).

Laporte, Secrétaire des Facultés de Droit et des Lettres.

Président de la Thèse : M. COUZINET, professeur

Suffragants ..... (M. VEDEL, professeur
(M. OURLIAC, professeur

La Faculté n'entend pas approuver ni désapprouver les opinions particulières du candidat.

UNIVERSITÉ DE TOULOUSE - FACULTÉ DE DROIT

L'INERTIE

DES

POUVOIRS PUBLICS

THÈSE

Pour le Doctorat en Droit

Présentée et soutenue le 28 Juillet 1948

PAR

PIERRE MONTANÉ DE LA ROQUE

LAURÉAT DE LA FACULTÉ

TOULOUSE

IMPRIMERIE MODERNE

22, rue Sainte-Ursule, 22

—

1950

RIJKSUNIVERSITEIT
LEIDEN

L'INERTIE

FAIT-ELLE LA FORCE PRINCIPALE

DES POUVOIRS PUBLICS ?

INTRODUCTION

L'inertie des Pouvoirs Publics est, de nos jours, un objet constant de critique de la part des simples particuliers. La lecture de la presse et les mille petits faits de la vie quotidienne administrative nous renseignent à cet égard abondamment.

Le silence opposé par les autorités aux requêtes qui leur sont soumises, leur refus d'action, leurs négligences et retards dans l'exécution des services publics, sont la forme la plus moderne et la plus déprimante de l'arbitraire des Pouvoirs Publics.

Très fréquemment, les simples particuliers incriminent la carence des autorités par suite des manquements nombreux aux tâches si diverses qui leur sont assignées. Car la gamme des mécontentements des « gouvernés » est de nos jours très étendue. Le défaut d'exécution des travaux publics qui auraient permis d'éviter un accident ou amélioré la situation des riverains et usagers du domaine public, a donné naissance à un contentieux, extrêmement fourni, où l'inertie des autorités est fortement stigmatisée par le juge, mais non pas nécessairement guérie. Le refus des diverses prestations auxquelles ont droit les usagers des services publics, l'indolence des administrations qui ne répondent pas aux requêtes ou négligent de les transmettre pour étude et décision, toutes les pusillanimités des agents publics qui, par peur de déplaire à leurs chefs, ou à des hommes politiques, gardent un silence prudent et se réfugient dans une abstention qui n'est pas toujours due à la mise en application d'une maxime bien connue, le manque de soins, l'impréparation dans l'action..., il y a là ample matière à plaintes, procès et à comédie, car Courteline est aussi éternel que le règne de la bureaucratie.

Il suffit également d'avoir fréquenté les Palais de Justice pour comprendre que, si les agitations de la rue cessent aux portes de la demeure de Thémis, celle-ci depuis des siècles s'achemine lentement dans la voie qui lui est proposée, certaine de parvenir un jour à son but..., but souvent trop lointain et qui risque par cela même de provoquer la lassitude et le découragement du justiciable. Si l'Etat, de nos jours, ne refuse pas ouvertement de rendre la justice, il aboutit à un résultat presque équivalent. Les lenteurs des services juridictionnels, qu'il s'agisse des tribunaux judiciaires ou administratifs, permettent malheureusement de vérifier trop souvent qu'un compromis est préférable à un bon mais interminable procès.

Si c'est surtout à propos de l'exercice des fonctions administratives et juridictionnelles que l'inertie des Pouvoirs Publics est critiquée, il faut ajouter pour être complet que la fonction législative elle aussi, à cet égard, soulève d'identiques récriminations de la part des « gouvernés ». En régime démocratique, le citoyen-électeur est souvent insatisfait des réalisations de ses représentants. Ceux-ci restent parfois fort en deçà des promesses électorales, quand ils ne les contredisent pas.

La paralysie peut donc atteindre toutes les fonctions de l'Etat. Il y a là un phénomène particulièrement grave à une époque où le domaine des activités étatiques a été considérablement étendu, inaugurant après l'ère de l'Etat-gendarme, celle de l'Etat-Providence. Et le peuple, réuni sur le Sinaï, qui autrefois craignait que le ciel ne répondit par la foudre à ses lamentations, tremble, aujourd'hui, de le voir demeurer implacablement indifférent, tandis que sur la terre règnent aridité et stérilité. Pendant longtemps, les « excès de la Puissance Publique » furent surtout redoutés ; de nos jours, « l'impuissance publique » est devenue la forme la plus répandue de l'arbitraire des Pouvoirs Publics.

Car l'abstention et l'inertie des Pouvoirs Publics leur permettent de se dérober aux taches de plus en plus nombreuses et écrasantes que les conceptions nouvelles de la vie en société en même temps que les nécessités sociales et économiques ont progressivement mises à leur charge. S'il arrive parfois que des silences, des refus d'action, des négligences, des retards, soient dus au désir des autorités d'étudier sérieusement un problème ou simplement au désir de retarder une solution inopportune, ou à une ignorance souvent excusable du droit, il faut remarquer qu'il y a là un excellent moyen pour les Pouvoirs Publics de faire montre de mauvaise volonté et d'hostilité systématique. Par ailleurs, cela peut permettre à certaines autorités de pratiquer une politique contraire à celle qui a été inaugurée par les organismes ayant pouvoir de décision : les fins démagogiques de l'inexécution des décisions de justice sont trop connues pour qu'il soit besoin d'insister longuement sur ce point ; on sait aussi combien de plaintes sont soulevées par le refus de l'Administration d'exécuter la loi votée par le Parlement, ce qui permet au Gouvernement de faire pièce au représentant de la Souveraineté Nationale, en ne prenant pas les règlements généraux ou les décisions individuelles nécessaires au complément ou à l'exécution de la loi.

En fin de compte, l'individu peut se trouver désarmé, isolé au milieu de la prolifération des services publics de toutes sortes, tentacules de cette pieuvre gigantesque qu'est devenu l'Etat moderne.

Car, l'accroissement des activités de l'Etat s'est effectué le plus souvent sous forme de monopole, ou du moins présente une tendance au monopole.

Rien n'empêche, cependant, de concevoir que beaucoup de ces activités ne puissent être normalement exercées par les simples particuliers. Il existe bien un enseignement libre à côté d'un enseignement d'Etat. On peut reconnaître dans toute activité privée de grande envergure une part d'intérêt collectif. Ce que réalise seul, aujourd'hui, l'Etat, des individus ou des associations ont été et sont encore capables de le réaliser. A ce point de vue,

une collaboration des individus et de l'Etat par voie d'activités parallèles est parfaitement admissible.

Néanmoins, la tendance contemporaine n'est plus au libéralisme, mais à l'interventionnisme des Pouvoirs Publics. Ceux-ci, de plus en plus, délimitent, contrôlent et dirigent ce qui peut être, un jour, ne sera plus que le « secteur privé ». Ce remplacement par la gestion étatique de ce qui avait été longtemps laissé à l'initiative privée, n'est guère compensé par l'intrusion de celle-ci dans le « secteur public ». L'expérience des Comités d'organisation en matière industrielle tentée de 1940 à 1945 est restée sans lendemain. Les nouvelles formes d'exploitation des richesses et services présentant un intérêt collectif ou national, sont de plus en plus soumises au régime des régies administratives, ou au procédé nouveau des entreprises nationalisées (transformation particulièrement frappantes lorsque l'entreprise nationalisée succède à la concession de service public en laquelle on pouvait apercevoir un mode de collaboration des individus et des Pouvoirs Publics).

Il est donc d'une importance capitale pour les individus dont l'Etat se propose seul de satisfaire les besoins, de pouvoir exiger que les prestations et avantages qu'on promet ainsi de leur accorder plus efficacement, leur soient réellement attribués. D'autant plus que l'abstention des autorités étant rarement générale, elle risque surtout de léser un individu ou un groupe d'individus portant ainsi atteinte au principe incontesté de notre droit public du droit égal de chacun au fonctionnement des services publics.

Il faut, dès lors, déterminer dans quelle mesure, les simples particuliers peuvent exiger le fonctionnement à leur profit des services gérés par les Pouvoirs Publics, quelle que soit la fonction que ceux-ci remplissent : législative, administrative ou juridictionnelle.

***

S'il est des auteurs pour qui le droit administratif est encore « l'ensemble des règles qui s'analysent en des *charges pour les personnes privées*, et qui sont destinées à assurer la satisfaction de besoins collectifs quand la satisfaction de ces besoins offre un caractère d'utilité publique » (1), il faut voir là une conception apparemment étroite du droit administratif, et du droit public en général.

Duguit a, en effet, fort bien montré que le pouvoir politique n'étant jamais légitime par son fondement et ne le devenant que par la manière dont il était exercé (2), « l'Etat était juridiquement obligé de faire tout ce qui est en son pouvoir pour assurer la réalisation de la règle de droit, telle qu'elle est comprise dans un pays et à une époque déterminée » (3).

Toutefois, cette formule manque de précision, tant en ce qui concerne le contenu que le régime de cette obligation de réaliser la règle de droit. En outre, ce que les individus demandent, c'est moins la réalisation d'une règle de droit, que la satisfaction concrète de leurs besoins. C'est ce qu'a excellemment noté, en ces termes, M. P. Laroque : « Les gouvernants ont le devoir de

(1) Marc Noël « *La notion de travail public* ». Thèse Paris, 1924.
(2) L'Etat, le droit objectif et la loi positive, p. 265.
(3) Op. cit., p. 288.

satisfaire à tous les besoins d'ordre collectif auxquels l'activité privée ne peut pourvoir suffisamment, et c'est dans ce devoir, dans cette obligation qu'apparaît, aujourd'hui, le fondement et la limite des prérogatives dont ils disposent. Leur mission est de servir, au sens propre du mot, c'est-à-dire de pourvoir à tout moment et de la manière la plus complète aux besoins dont la satisfaction incombe aux collectivités publiques » (4).

M. Jèze exprimait la même opinion lorsqu'il écrivait : « La fonction a été organisée pour atteindre un but d'intérêt public. Il importe essentiellement que ce but soit atteint ; il ne peut être mis en échec par le caprice, l'intérêt personnel, la mauvaise volonté du fonctionnaire. Le fonctionnaire a le *devoir juridique* d'exercer les divers attributs de la fonction (5).

L'abstention des Pouvoirs Publics peut donc être illégale ou fautive, dès lors que les agents publics refusent ou négligent de faire fonctionner les services publics, malgré la loi et les règlements qui imposent cette exécution du service au profit des simples particuliers.

Mais les services publics sont très divers, non seulement par leur objet, mais aussi par leur nature. A côté des services administratifs, proprements dits, on trouve, en effet, les services juridictionnels et les services diplomatiques. Nous avons déjà fait entrevoir que le problème des abstentions pouvait avoir des incidences en droit constitutionnel, puisqu'en régime démocratique et parlementaire on peut se poser la question de savoir si, outre leur droit de suffrage, les citoyens ont aussi le pouvoir d'obliger l'organe législatif à promouvoir certaines réformes.

Toutefois, malgré la diversité des fonctions et des services de l'Etat, est-il possible de proposer une « théorie générale de l'abstention en droit public » ? Peut-on admettre que, quel que soit l'objet de l'activité des services publics, celle-ci est soumise en tout état de cause, à un même régime juridique ?

Les Pouvoirs Publics, de par la loi et les règlements, sont en certaines occasions, sous certaines conditions, obligés d'accomplir un acte, d'observer une conduite, de fournir une prestation.

La notion d'oibligation de faire telle qu'elle résulte du Code civil, peut-elle alors être utilisée pour déterminer le régime juridique des obligations ainsi mises à la charge des Pouvoirs Publics ?

***

On peut, en effet, penser que si une abstention est jugée illégale et fautive, c'est parce qu'elle révèle un manquement à une obligation préexistante et spécialement à une obligation de faire, c'est-à-dire à une obligation d'accomplir un acte juridique ou matériel.

Or, il existe, en droit civil, un régime spécial de l'obligation de faire, établi par les articles 1.142 et 1.144 du Code Civil.

En vertu de l'article 1.142 « Toute obligation de faire... se résout en dommages et intérêts au cas d'inexécution de la part du débiteur », tandis que l'article 1.144 stipule que « Le créancier

---

(4) *Les usagers des services publics industriels et commerciaux.* Thèse Paris 1933, p. 2.

(5) *Essai d'une théorie générale de l'abstention en droit public,* R.D.P. 1905, p. 764.

peut aussi, au cas d'inexécution, être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur ».

Doctrine et jurisprudence civile sont d'accord pour dire que ce régime ne joue pas à l'égard des obligations de donner qui sont relatives au transfert d'un droit réel. L'accord cesse et les incertitudes commencent lorsqu'il s'agit des obligations de livrer que certains auteurs et tribunaux veulent soustraire à l'article 1.142, afin de procurer au créancier une exécution en nature et non pas seulement une exécution en équivalent (6).

Cet aticle est la reproduction de l'adage « Nemo praecise cogi potest ad factum », qui doit être interprété comme interdisant au créancier de poursuivre l'exécution en nature d'une obligation de faire, lorsque celle-ci a pour objet un acte du débiteur que l'on ne pourrait contraindre sans attenter à sa personne et à sa liberté. Le but que se propose donc l'article 1.142 est d'éviter les violences sur la personne même du débiteur (7).

En outre, l'article 1.142 permet de mettre fin à certaines impasses. L'inexécution, à un moment donné, d'une obligation de faire, peut rendre toute exécution ultérieure impossible ou inutile pour le créancier. L'exécution en équivalent ne peut, dès lors, qu'être nécessairement substituée à l'exécution en nature.

Mais s'il n'existe ni impossibilité matérielle, ni impossibilité morale, le juge peut et doit condamner le débiteur à effectuer la prestation due (8).

L'article 1.1444 n'apporte donc pas une exception à l'article 1.142, mais une précision. Le juge apprécie souverainement si l'obligation a pour objet un fait susceptible ou non d'être exécuté par un tiers, sans l'intervention du débiteur (9). Ainsi, on ne peut dire que l'exécution en nature d'une obligation de faire est juridiquement impossible. En outre, le considérable développement de la jurisprudence civile concernant les astreintes, prouve que le juge essaie par tous les moyens, directs ou indirects, de donner satisfaction au créancier (10. La jurisprudence relative aux astreintes ayant d'ailleurs son origine dans le souci du juge d'éviter que l'article 1.142 ne constitue au profit du débiteur d'une obligation de faire, une sorte de prime à l'inexécution.

Le régime de l'obligation de faire en droit privé se caractérise donc :

— par l'interdiction faite au juge de prononcer en certaines hypothèses, une condamnation à exécuter en nature, l'exécution automatique en équivalent étant alors révélatrice d'une obligation de faire.

— par le pouvoir conféré au juge de déterminer, lui-même, en quelques circonstances, il peut directement ou indirectement condamner le débiteur à exécuter en nature.

---

(6) Cf. Planiol et Ripert « *Traité de droit civil français* », T. 7 par Esmein, Radouant, Gabolde—Beudant, *Cours de droit civil français*, 2me édit., p. 308, n° 421, Lyon 30 juillet 1946, D. 1947, J. 377, n. Tunc (critique de la distinction des obligations de livrer et de faire).

(7) Cf. Pothier « *Traité de la vente* », n° 479, édit. Bugnet T. 3, p. 191, Bigot-Préameneu Fenet, T. XIII, p. 232 - Josserand « *Cours de droit civil positif français* », T. 2, p. 369 - Genicon « *De la règle nemo praecise potest cogi ad factum* », Thèse Bordeaux 1910 - Marcille « *De l'exécution en nature des obligations de faire ou de ne pas faire* », Thèse Bordeaux 1931.

(8) Planiol et Ripert. Op. cit. p. 77, n° 780.

(9) Cass. 31 octobre 1906. S. 1907.1.163.

(10) Sur les astreintes, v. *infra*, p. 414.

***

A partir de ces données fondamentales, nous orienterons nos investigations dans les deux directions suivantes :

En premier lieu, nous rechercherons dans quelle mesure « la mise en mouvement des services publics » peut dépendre de la volonté des simples particuliers. Pour ce faire, nous examinerons toutes les hypothèses dans lesquelles l'abstention et l'inertie des Pouvoirs Publics sont susceptibles de léser les droits individuels. Nous saurons ainsi, s'il existe à la charge des Pouvoirs Publics des obligations de faire analogues à celles dont le régime est prévu par le Code Civil. Mais nous ne nous occuperons pas des obligations de faire qui résultent de situation contractuelles. De même, nous laisserons de côté tous les problèmes soulevés par le statut de la fonction publique. Toutefois, nous examinerons la situation des individus qui veulent contracter avec l'Administration ou désirent entrer dans les cadres de l'Administration, afin de déterminer dans quelle mesure les autorités sont libres de conclure des contrats et de choisir leurs agents.

Par ailleurs, afin d'éviter l'examen d'une règlementation fastidieuse, nous ne nous livrerons pas à l'étude spéciale de cette forme d'abstention qui est constituée par les refus et négligences dans la délivrance des diverses autorisations et permissions que les autorités doivent en certaines hypothèses fournir aux administrés qui en font la demande. Mais il va sans dire que, compte tenu de la règlementation propre à chacun de ces actes, les solutions générales auxquelles nous aboutiront, vaudront aussi comme telles pour le problème de l'abstention en matière d'autorisation et de permission.

Ces réserves étant ainsi faites, l'objet de notre Première Partie sera relatif à « La mise en mouvement des services Publics » par les simples particuliers.

Mais notre étude serait incomplète si nous n'envisagions pas de rechercher les possibilités offertes aux individus de contraindre les Pouvoirs Publics à exécuter les prestations mises à leur charge par la loi ou les règlements. Car « les gouvernants » peuvent, en effet, s'obstiner à ne pas s'exécuter, ou ne s'exécuter que très tardivement. La menace de voies d'exécution est en droit privé d'un très bon effet sur les débiteurs récalcitrants. L'Etat, administrateur négligent ou de mauvaise volonté, mauvais débiteur ou mauvais payeur, peut se trouver dans une situation inexpugnable si de semblables voies d'exécution sont insusceptibles de l'atteindre.

Nous avons vu le rôle important que joue le juge en matière d'exécution des obligations de faire. Peut-il, également, le jouer en droit public ? Ou bien les simples particuliers n'ont-ils à leur disposition que des moyens de contrainte indirecte ? Ce sont ces problèmes que nous envisagerons dans notre Seconde Partie consacrée à « La Contrainte à l'encontre des Pouvoirs Publics ».

PREMIERE PARTIE : La Mise en mouvement des Services Publics.

DEUXIEME PARTIE : La Contrainte a l'encontre des Pouvoirs Publics.

PREMIERE PARTIE

LA MISE EN MOUVEMENT DES SERVICES PUBLICS

Par les divers recours contentieux que le droit positif met à la disposition des simples particuliers, ceux-ci peuvent mettre en cause l'abstention et l'inertie des autorités publiques : soit en exigeant l'accomplissement à leur profit d'un acte matériel ou juridique, soit en présentant une demande en indemnité justifiée par le manquement de ces autorités à leurs obligations.

Mais, pour cela, il faut pouvoir saisir le juge compétent du litige. Or, pendant tout le XIX^me^ siècle, il fut loisible à l'Administration de paralyser les recours en justice des administrés qu'elle lésait. Ceux-ci, en effet, ne pouvaient saisir le Conseil d'Etat, juge de droit commun en matière administrative qu'à la condition d'appuyer leur requête sur une décision préalable de l'Administration. Il était donc loisible à celle-ci de garder le silence sur les réclamations qui lui étaient adressées, et d'empêcher ainsi une liaison du contentieux. Ce « déni d'administration » est, depuis la loi du 17 juillet 1900, devenu impossible, puisque devant le Conseil d'Etat, le silence de l'Administration de plus de quatre mois, équivaut à une décision préalable implicite de rejet qui permet de le saisir valablement. Nous consacrerons donc notre Titre premier aux « Silences de l'Administration » : cette étude nous montrera que, si dans la quasi totalité des cas, la règle de la décision implicite de rejet interdit les dénis d'administration, elle n'établit cependant pas à la charge de l'Administration une obligation générale de faire.

Car, ce qui lui est interdit, c'est seulement d'empêcher la liaison du contentieux. La détermination de l'existence et du contenu des obligations de faire pose, non un problème de procédure, mais de fond. Or, avant d'étudier ce problème, il en est un autre qu'il faut, au préalable, examiner.

L'ensemble des Pouvoirs Publics est, en effet, constitué par des autorités très diverses, et le concours de plusieurs d'entre elles est souvent exigé pour le fonctionnement d'un même service. Il est des autorités chargées de la décision, d'autres de l'exécution : à l'intérieur des services publics, les tâches des fonctionnaires sont souvent réparties en fonction de cette division du travail.

Dès lors, les simples particuliers sont intéressés à ce que ces autorités et agents exercent à l'égard des uns et des autres leurs pouvoirs respectifs. Il faut, en effet, que les autorités et agents supérieurs ordonnent à leurs subordonnés de remplir leurs obligations, et que ces dernies exécutent les ordres et consignes donnés. C'est à ce problème spécial au droit public que nous consacrerons le Titre II, de cette Première Partie, relatif au « Problème de l'inexécution et de l'interdépendance des autorités ».

Nous pourrons, alors, dans un Titre III et dernier, examiner « Le droit au fonctionnement des Services Publics », afin de déterminer le contenu et le régime des diverses obligations des services publics, administratifs ou juridictionnels. Nous verrons dans quelle mesure les administrés ont droit à la création et à l'organisation des services publics. Nous verrons, surtout, qu'ils n'ont pas tant droit au fonctionnement d'un service, qu'à l'accomplissement d'un acte précis, et qu'à ce sujet, il faut distingue entre l'acte analysable en une prestation proprement dite et celui qui consiste en l'exécution d'un travail public. Enfin, le statut très spécial des organes juridicitionnels, confère aux justiciables des droits assez limités relatifs au contrôle de leur fonctionnement, de telle sorte que l'on peut d'ores et déjà affirmer que le régime des obligations des Pouvoirs Publics varie en raison des fonctions qu'ils exercent. Non pas seulement en raison des fonctions, mais aussi en raison de la nature de chaque service. L'abstention des Pouvoirs Publics n'est pas, en effet, appréciée « in abstracto » mais « in concreto » : les charges du service, ses moyens financiers et matériels, le lien qui l'unit aux administrés sont autant d'éléments d'appréciation pour le juge qui sanctionne l'abstention et l'inertie du service en tenant compte, à la fois, de ses obligations et de ses possibilités, celles-ci étant très variables d'un service à l''autre.

TITRE PREMIER

Les silences de l'Administration

Le silence est la forme de l'abstention et de l'inertie de l'Administration la plus subtile et la plus dangereuse aussi pour les administrés. La plus subtile, en effet, puisque l'Administration évite ainsi de se prononcer sur la validité de la requête qui lui est adressée. C'est pourquoi elle est dangereuse pour les administrés qui ne peuvent savoir s'il est donné suite ou non à leur demande. Non seulement ils n'obtiennent pas la prestation à laquelle ils prétendent avoir droit, mais ils sont encore désarmés pour toute action en justice, le silence n'étant nécessairement ni un refus, ni un retard dans l'exécution du service, puisque par hypothèse, l'Administration a évité de se prononcer. De telle sorte que le requérant ignore si sa requête a atteint le service compétent, si le silence de celui-ci est imputable à une simple négligence, à un défaut de transmission aux autorités qualifiées, ou signifie un refus justifié ou non de la prestation demandée. Dans un recours ultérieur il sera bien loisible à l'administré d'essayer de sortir l'Administration de sa léthargie, volontaire ou non : mais, outre que son silence pourra continuer, il sera souvent très difficile au requérant d'exposer le point de vue juridique de sa réclamation, puisque le silence antérieur ne lui aura permis en rien de connaître le fondement juridique de ce qu'il peut estimer constituer un refus de sa prétention.

Le dernier recours des administrés devrait être alors de s'adresser au Tribunal compétent et de le faire juge du silence des Pouvoirs Publics. Mais cela est précisément impossible lorsque le recours doit être formé devant le Conseil d'État, juge de droit commun en matière administrative qui ne peut statuer que si, préalablement, une décision a été prise par l'Administration faisant connaître son point de vue sur la demande qui lui avait été adressée. C'est la règle de la décision préalable, dont nous saisissons l'importance en matière de silence de l'Administration, puisqu'elle interdit au requérant à qui il n'a pas été répondu, de saisir valablement le Conseil d'Etat du litige.

On voit, dès lors, comment la pratique du silence constitue une forte position et peut amener à cacher toutes les négligences et toutes les mauvaises volontés. L'exigence de la décision préalable aboutit en fait à un déni d'administration : aussi, le législateur par l'article 3 de la loi du 17 juillet 1900, est intervenu, à seule fin de faire cesser cette situation choquante, en décidant que le silence serait, dorénavant, assimilé à une décision implicite de rejet permettant de lier le contentieux.

Dès lors, notre plan se trouve ainsi traçé : nous consacrerons notre premier chapitre au déni d'administration en tant qu'effet de la règle de la décision préalable, pour examiner ensuite dans le second chapître les procédés par lesquels le législtateur empêche ce déni d'administration de se produire.

CHAPITRE PREMIER

LE DENI D'ADMINISTRATION

On entend généralement, par ce terme, le refus des Pouvoirs Publics de prendre une décision sur une requête qui leur a été adressée. La conséquence en est que le juge, devant l'inexistence d'une décision préalable, refuse de juger : mais il n'y aura pas là de déni de justice, car le tribunal justifiera l'irrecevabilité de la demande par son incompétence à se saisir d'une affaire sur laquelle l'Administration ne se sera pas préalablement prononcée (1).

Il n'y a donc qu'un déni d'Administration, particulièrement flagrant puisque, alors que les simples particuliers sont obligés de provoquer une décision péalable, l'Administation peut ne pas répondre à leur requête. Décision préalable et déni d'administration sont deux problèmes liés : l'examen de la règle de la décision préalable est, dès lors, indispensable pour bien comprendre ce qu'il faut entendre par déni d'administration.

SECTION I. — LA REGLE DE LA DECISION PREALABLE (2)

Sous-Section I. — Portée de la règle

La décision préalable est cette décision que l'Administration prend, soit spontanément, soit sur la demande d'un administré, avant tout recours juridictionnel de ce dernier. Mais il faut, dès l'abord, signaler que cette règle qui impose de saisir l'Administration avant le juge, n'est absolue que devant le Conseil d'Etat (3), pour toutes réclamations concernant l'Etat, les Départements et les Communes. La décision doit, naturellement, être prise par l'autorité compétente en la matière litigieuse : Ministre, Préfet, Conseil général, Maire, Conseil municipal. Le Conseil d'Etat sera, ensuite, saisi de cette décision faisant grief à une situation juridique individuelle.

Cette décision préalable est donc toujours nécessaire devant le Conseil d'Etat, qu'il s'agisse d'un recours pour excès de pouvoir, ou que l'on veuille obtenir le paiement d'une dette, ou la réparation d'un dommage (4).

---

(1) Il ne peut y avoir de déni de justice, lorsque le refus de juger est fondé sur une déclaration d'incompétence. *V. infr.* p.362.

(2) V. spécialement, Labayle « *La décision préalable* », Thèse Paris 1907.

(3) Pratique jurisprudentielle consacrée par la loi du 18 décembre 1940, article 36.

(4) *C.E.* 13 janvier 1922 Coulon 23 ; 27 février 1924, Tissier 230 ; 30 avril 1924 Delabogue 428 ; 26 février 1930 Domergue ; 19 juillet 1935 Radot S., 1935.3.99.

Mais elle n'est pas exigée devant les tribunaux judiciaires lorsqu'ils sont compétents en matière administrative (5), non plus que d'une façon générale, devant les Conseils de Préfecture.

Cependant, il est des cas où les Conseils de Préfecture doivent statuer sur une décision préalable. Il en est ainsi pour certains recours contentieux en matière fiscale (6), pour les litiges d'ordre individuel concernant la situation des fonctionnaires départementaux et communaux (7).

Mais, pratiquement, les recours les plus importants et les plus nombreux sont portés devant le Conseil d'Etat, ce qui confère une très large portée à la règle de la décision préalable (8). Il n'en demeure pas moins que cette règle est anormale. Rien de tel, en effet, n'existe en droit privé. On ne peut non plus affirmer qu'elle est spécifique du Droit Public, puisqu'elle est exceptionnelle devant les Conseils de Préfecture et la plupart des tribunaux administratifs d'attribution.

Sous-Section 2. — Fondement de la Règle

Cet aspect anormal de la règle de la décision préalable a poussé la doctrine à essayer d'en expliquer ou d'en justifier la nécessité. Une première opinion a vu, en elle, le seul moyen de créer le contentieux ou de lier l'instance.

Laferrière estimait, en effet, qu'il ne suffirait pas, pour créer le contentieux, d'invoquer la violation d'un droit. Il faudrait encore une décision expresse de l'autorité compétente à ce sujet. Car il n'y a de contentieux que là où il y a contestation, et il n'y a de contestation que s'il y a opposition de prétention (9).

Cette opinion a été adoptée, mais adaptée, par d'autres auteurs (10) qui virent dans la décision préalable une formalité essentielle de liaison de l'instance. Ils reconnaissaient que le contentieux existait bien déjà du fait de l'opposition de deux prétentions, mais affirmaient qu'il devait être accepté par l'Administration. La décision préalable permettrait d'effectuer cette liaison, à la manière d'un compromis analogue à ceux de certaines procédures arbitrales ou primitives.

Aucune de ces opinions ne mérite d'être retenue. En effet, il est à remarquer que le contentieux privé est créé et lié sans pareille nécessité d'une décision préalable. Laferrière a beau

---

(5) *Cass.* 16 avril 1883. D. 1884.1.316 (Il s'agissait de dommages causés à un particulier par des sangliers d'une forêt domaniale).

(6) L. 27 décembre 1927, art. 10, 11 et 12 ; art. 360 *Code général des Impôts Directs.* Les démarches des contribuables en décharge ou en réduction, toutes réclamations en matière de contributions directes ou taxes assimilées, doivent être adressées au Directeur des Contributions directes. Toutefois le Conseil de Préfecture peut être saisi directement dans un assez grand nombre de cas : cf. *Juris-Classeur Fiscal,* T. IV - Divis. 175.

(7) Art. 1er D. 8 septembre 1934. Sur les divers cas de décision préalable devant les tribunaux administratifs d'attribution, *v. P. de F.R.* n. au S. 1938-3-9 [voir en particulier la règle de la décision préalable stipulée devant les Conseils du Contentieux des Colonies par art. 11 D. 5 août 1881, pour tous litiges, mêmes pécuniaires. (*C. E.* 22 juillet 1936 Paquet S. 1938-3-15)].

(8) Il ne faut pas omettre de signaler qu'il en est de même devant les Tribunaux des Pensions : *C. E.* 25 mars 1931 Corneille.

(9) Laferrière : *Traité de la Juridiction administrative.* I, p. 322 et s.

(10) Bouchené-Lefer : *Revue pratique de droit français,* 1864. Bouvier, n. sous *C. E.* 30 juin 1905. Département de la Mayenne. *Pandectes Françaises* 1905-4 27.

répondre à cette objection que le Conseil d'Etat n'est pas un juge ordinaire à l'égal des Tribunaux civils, mais « un juge ordinaire des décisions administratives qui donnent lieu à réclamation contentieuse » (11), et que, comme tel, la décision préalable s'impose aux secours qui sont portés devant lui, il faut remarquer qu'un juge ordinaire de droit administratif ne peut qu'appliquer les règles ordinaires de la procédure administrative : or, la règle de la décision préalable n'est pas une règle ordinaire, puisqu'elle ne joue pas de façon générale devant les autres juridictions administratives. Par ailleurs, il paraît difficilement soutenable et singulièrement arbitraire, d'affirmer que la procédure devant le Conseil d'Etat est primitive et évoluée devant les autres juridictions administratives. Enfin, il faut noter que la décision préalable, étant quelquefois antérieure à la réclamation du particulier intéressé, on ne peut dire qu'elle crée le contentieux ou lie l'instance, puisqu'on ne peut savoir à l'avance si le particulier intéressé émettra une prétention contraire.

Il faut également repousser la théorie du Doyen Hauriou, qui justifiait ainsi la décision préalable. D'une part, elle offrirait à l'administration la faculté de refuser le contentieux à des actes ne créant pas le contentieux par eux-mêmes. D'autre part, elle serait nécessaire parce que le contentieux administratif, étant un procès fait à l'acte et non à la personne de l'Administration, elle serait seule révélatrice de l'acte. Enfin, la décision préalable préciserait la tendance de l'acte au contentieux, en ce sens, que le contentieux ne pourrait exister qu'avec une décision exécutoire, et signifierait l'endossement par l'Etat des faits et gestes des agents d'exécution, endossement sans lequel il ne pourrait être valablement engagé (12).

Or, il n'appartient pas à l'administration de décider du caractère contentieux ou non de ses actes. Et s'il y a des actes qui, comme ceux dits de gouvernement, échappent bien au contentieux, il faut remarquer que le silence de l'Administration peut jouer, à l'égard de n'importe quel acte, contentieux ou non de nature, et à ce titre donner à l'administrateur un rôle qui n'est pas le sien.

La seconde idée d'Hauriou est plus exacte : ce que l'administré cherche à atteindre c'est moins l'Administration que ses actes. Mais c'est une pétition de principe d'affirmer que, seule, la décision préalable fait apparaître l'acte. Car, par exemple, le droit à une indemnité naît du dommage et non de la décision qui refuse de reconnaître ce droit à indemnité. Cette constatation ruine les deux derniers arguments du Doyen Hauriou : l'Etat est engagé par ses actes et non par les décisions qui les constatent, celles-ci servant uniquement à limiter la demande, à empêcher qu'il ne soit plus demandé au juge qu'à l'administrateur.

Enfin, toujours dans l'ordre des idées fausses, il a été soutenu (13), que la décision préalable était un acte juridictionnel, le Ministre statuant comme juge de première instance et le Conseil d'Etat comme juge d'appel. Or, la décision préalable est nécessaire quelle que soit l'autorité administrative : va-t-on alors soutenir que toutes les autorités administratives, ayant pouvoir de décision, agissent comme des juges ?

(11) *Op. cit., loc. cit.*

(12) Hauriou : *Précis de droit administratif*, 4me édition, p. 248-258-259-283 et n., p. 322 et n. 1.

(13) Artur : Séparation des pouvoirs et des fonctions. *R. D. P.* 1900 T. 14, p. 474.

Cette explication, fournie avant l'arrêt CADOT (14), eut peut être été valable, puisque, jusqu'à cet arrêt, le Ministre était considéré comme juge de droit commun et de premier ressort, en matière administrative. Mais, depuis que le Conseil d'Etat s'est reconnu, juge de droit commun administratif, le Ministre statue administrativement sur les requêtes et non plus juridictionnellement.

La règle de la décision préalable n'est qu'une survivance de l'ancienne théorie du Ministre-Juge. Le Doyen BONNARD (15) y voyait « une complication qui n'a aucune utilité et qui pourrait être supprimée sans aucun inconvénient ». ARTUR (16) la condamnait déjà en ces termes : « Nous sommes d'avis qu'on ne saurait trop encourager le demandeur à s'adresser à son adversaire pour essayer d'en tirer une satisfaction amiable ; mais cela doit rester une faculté... » Bien que condamnée par la doctrine, la règle de la décision préalable n'en a pas moins été souvent imposée par le législateur. Car, ainsi que le note WALINE (17), elle joue le rôle de préliminaire de conciliation ce, pour quoi, certes, elle n'avait pas été créée, mais qui semble devenu actuellement sa raison d'être.

Il paraît tout à fait exact de soutenir ce point de vue, aujourd'hui. Mais, aujourd'hui, seulement. Car, depuis l'article 3 de la loi du 17 juillet 1900, il n'est guère plus possible de voir se produire le déni d'Administration qui était l'effet courant et funeste de la règle de la décision préalable.

SECTION 2. — LE DENI D'ADMINISTRATION

Avant que ne fut promulguée la loi du 17 juillet 1900, les adminitrés pouvaient, en effet, se trouver sans recours devant le silence de l'administration. Si, celle-ci, faisait droit à une requête aucune difficulté ne se présentait. Si elle y répondait par un refus que le requérant estimait injustifié, il pouvait le critiquer devant le juge qui, en présence d'une décision préalable formelle, pouvait et devait statuer. Mais si elle se contentait de garder le silence, cela aboutissait, selon l'expression de BERTHÉLEMY (18), à un véritable déni d'Administration, le requérant ne pouvant, sans décision préalable, saisir le juge. Par sa seule force d'inertie, l'Administration avait ainsi la faculté de paralyser, non seulement, toute sorte de recours, mais encore d'empêcher qu'un requérant ne devint un justiciable.

« Cette inertie », écrivait ARTUR, « est une atteinte au droit suffisante pour motiver un recours contentieux » (19). Par contre, LAFERRIÈRE, estimait que si l'on pouvait trouver le procédé regrettable, il n'en était pas moins normal : « Ce silence que la loi interdit au juge, sous peine de déni de justice n'excède pas les pouvoirs légaux de l'Administrateur » (20). Nous avons vu que, pour lui, cela trouvait sa justification en ce que la décision préalable seule pouvait créer le débat contentieux. Mais cette opi-

---

(14) *C. E.* 13 décembre 1889. *S.* 1892-3-17 n. Hauriou.
(15) *Précis de Droit Administratif*, 4me édition, 1943, p. 230.
(16) *Op. cit.* p. 462.
(17) *Manuel élémentaire du Droit Administratif*, 3me édition 1945, p. 89.
(18) *Traité élémentaire de Droit Administratif*, 3me édition 1905, p. 878.
(19) *Op. cit.*, p. 440.

nion n'est pas soutenable, et si l'on admet que le contentieux naît essentiellement d'une contestation, celle-ci ne peut être anéantie par le seul silence. En conséquence, l'on devrait pouvoir saisir le juge du débat, même si l'administration a laissé une requête sans réponse.

Mais, disait LAFERRIÈRE, se refuser à accepter la règle de la décision préalable, même dans le cas du silence, serait permettre au juge de s'immiscer dans l'Administration, ce qui lui est incontestablement interdit (21). En effet : « à quoi pourrait tendre une réclamation contentieuse formée contre l'inaction d'une autorité administrative, sinon à faire juger que cette autorité doit agir et comment elle doit agir, On placerait ainsi une certaine part d'impulsion et d'action Administrative dans le domaine d'une juridiction administrative, c'est-à-dire là où ne saurait résider, ni l'exercice direct de la puissance publique, ni la responsabilité qui s'y rattache » (22). C'est donc parce que le débat contentieux, relatif au silence de l'Administration, équivaudrait à une injonction d'agir, que LAFERRIÈRE niait, qu'en la matière il puisse être juridiquement élevé.

Il y a là un raisonnement tout à fait inexact. Si un simple particulier, victime d'un dommage imputable à un service public, en demande réparation à l'Administration qui, pour toute réponse, garde le silence, le juge statuant malgré ce silence, ne fait que substituer son appréciation à celle de l'Administration, mais il ne lui intime nullement l'ordre de payer. Spécialement, en matière de recours en indemnité, l'objection de LAFERRIÈRE ne tient pas. On peut seulement dire que la saisie du juge est parfois impossible, étant donné, qu'en raison du silence de l'Administration, le requérant est incapable de lui soumettre un acte quelconque de l'Administration. En fait, sinon en droit, la liaison du contentieux ne peut être effectuée.

Il n'en reste pas moins qu'il est tout à fait anormal d'obliger les simples particuliers à obtenir une décision préalable, sans imposer corrélativement à l'Administration l'obligation de statuer sur leurs réclamations.

Cela était particulièrement choquant durant la période ou régnait la théorie du Ministre-Juge. On pouvait alors parler d'une sorte de déni de justice. Or l'article 4 du Code civil permet de poursuivre comme coupable de déni le juge qui refuse de juger — et le Ministre était bien un juge, alors — et l'article 1.185 du Code Pénal associe administrateur et juge dans la repression du délit de déni de justice : « Tout juge ou tout tribunal, tout *administrateur ou autorité administrative* qui, sous quelque prétexte que ce soit, même du silence ou de l'obscurité de la loi aura dénié de rendre la justice qu'il doit aux parties, après en avoir été requis et qui aura persévéré dans son déni, après avertissement ou injonction de ses supérieurs, pourra être poursuivi et sera puni d'une amende... »

Une fois disparue, la théorie du Ministre-Juge, la situation parut peut-être moins choquante théoriquement, mais le resta pratiquement. Mais les textes que nous venons de citer sont, en l'espèce, inapplicables. Déni d'administration et déni de justice

---

(20) *Op. cit.*, p. 385.

(21) *Cf. infra*, p. 395 et s.

(22) Laferrière, *op. cit.*, p. 429.

ne sont pas assimilables. D'un part, les dispositions qui prévoient le déni de justice ont toujours été interprétées strictement, comme ne visant que les magistrats du siège, et mettent en branle la procédure très spéciale et très inefficace de la prise à partie (23). Par ailleurs, qui rendre responsable ? Le Ministre, et même les Préfets et les Maires ne peuvent supporter le poids de la négligence de leurs bureaux. Ou, du moins, ils ne le peuvent supporter automatiquement. Il serait exagéré d'exiger de l'Administration qu'elle réponde immédiatement à toute requête, d'un haut fonctionnaire qu'il connaisse sur l'heure les demandes adressées à ses subordonnés.

Il serait, certes, souhaitable, au cas de silence de l'Administration, de permettre la saisie directe du juge. Mais cela établirait une sorte de présomption de faute, contraire parfois à la réalité des choses.

Car, le silence, par lui-même, ne signifie rien. Il n'est pas nécessairement un refus : il peut être une simple négligence et même un exercice régulier de la fonction ; l'Administration a besoin de temps pour examiner toutes les demandes qui lui sont adressées, rechercher celles qui sont dignes d'intérêt, celles qui sont l'expression d'un droit, et laisser en sommeil les suppliques fantaisistes ou celles qui sont le fait d'administrés susceptibles, irritables ou trop pressés. Il peut enfin signifier que la demande n'est jamais parvenue à son destinataire.

S'il est exact de définir le déni d'administration comme « le fait pour un administrateur de se refuser ou de s'abstenir d'accomplir un acte de sa fonction » (24), il ne l'est pas d'assimiler automatiquement le silence au déni d'administration. Certes, le silence le permet-il, mais il ne le constitue pas en tant que tel. Le silence conduit au déni parce qu'en raison de la règle de la décision préalable, il n'est pas possible de saisir le juge directement. Il faudrait prouver que l'Administration a entendu fermer l'accès du prétoire au requérant, ce qui n'est pas toujours le cas, et ne peut se présumer.

A notre sens, jusqu'à la promulgation de la loi du 17 juillet 1900, le déni d'administration était du, non au silence comme tel, mais à la lacune procédurale de la règle de la décision préalable qui ne prévoyait pas que l'Administration pouvait ne pas répondre aux requêtes.

Puisque l'on voulait conserver la règle de la décision préalable, utile en certaines occasions, il fallait interpréter le silence, lui donner un sens afin de permettre au juge d'être saisi du recours et d'empêcher la négligence ou la mauvaise volonté de l'Administration de nuire aux administrés.

C'est ce qu'a fait la loi du 17 juillet 1900 qui, aboutissant sous certaines conditions à une liaison obligatoire du contentieux, a rendu désormais impossible presque tout déni d'Administration.

---

(23) *V. infra*, p. 353 et s.

(24) Parrical de Chammard : « *Le recours contre le déni d'administration* ». Thèse Paris 1911, p. 27.

CHAPITRE II

LE SILENCE DE L'ADMINISTRATION DEPUIS L'ARTICLE 3 DE LA LOI DU 17 JUILLET 1900

SECTION I. — LES PRECEDENTS

Tantôt le silence était considéré comme une décision implicite de rejet (1) — tantôt, mais plus rarement, comme impliquant une acceptation ou approbation de l'Administration (2), ou permettant simplement de saisir une autre autorité après silence gardé pendant un certain temps par la première à qui l'on s'était adressé (3).

Mais ce n'était là que mesures sporadiques, visant des hypothèses particulières, sans qu'il fut possible d'attribuer un sens propre au silence des diverses autorités publiques. Parfois, il était considéré comme une décision de rejet, ou comme une approbation implicite ; souvent la procédure instituée avait simplement pour but d'attribuer compétence à une juridiction, sans pour cela reconnaître au silence de l'Administration une signification précise.

---

(1) Art. 15 du décret du 12 avril 1830 relatif aux contestations concernant les élections dans les Eglises Réformées ; si le Ministre des cultes n'avait pas statué dans les quatre mois, le recours était considéré comme rejetté.
— L'Aricle 58 de la loi du 5 avril 1884 qui considérait comme rejettées les réclamations concernant les élections municipales, si dans certains délais, le Conseil de Préfecture ne s'était prononcé. Mais encore faut-il remarquer qu'il s'agissait ici de pallier à l'abstention d'un juge et non d'un administrateur, d'empêcher un déni de justice et non un déni d'administration.

(2) L'article 4 du décret du 26 mars 1852 sur la voirie parisienne, stipulait que si vingt jours après la demande d'alignement, il n'y avait pas été répondu, on pouvait commencer les travaux d'après les plans déposés.
— l'article 48 de la loi du 8 avril 1898 qui, lorsque l'Administration n'avait pas fixé dans les trois mois les limites de la servitude de halage, permettait aux particuliers d'élever des constructions ou plantations sous réserve du pouvoir de l'Administration de les faire enlever, mais avec indemnité, si elles portaient atteinte à la servitude.

(3) L'article 12 du décret du 16 mars 1880 qui permettait de saisir le Conseil d'Etat, faute par le Ministre d'avoir statué dans le mois sur les réclamations relatives aux élections au Conseil Supérieur de l'Instruction Publique et aux Conseils Académiques.
— L'article 14 du décret du 12 novembre 1886 qui autorisait à porter devant le Conseil d'Etat les réclamations contre l'élection des membres du Conseil Départemental de l'Enseignement Primaire lorsque le Ministre ne s'état pas prononcé dans le délai d'un mois.

Par contre, l'article 7 du décret du 2 novembre 1864, édicté durant la période où régnait souverainement la théorie du Ministre-Juge, avait eu, par cela même, une portée plus considérable. Le texte décidait, en effet, ceci : « Lorsque les Ministres statuent sur des recours contre les décisions d'autorités qui leur sont subordonnées, leur décision doit intervenir dans le délai de quatre mois, à dater de la réception de la réclamation. Après l'expiration de ce délai, s'il n'est intervenu aucune décision, les parties peuvent considérer la réclamation comme rejetée et se pourvoir devant le Conseil d'Etat ».

La disposition avait eu, en même temps, pour but de permettre aux Ministres de surveiller plus étroitement les administrations locales. Mais l'essentiel de la réforme était d'avoir donné un sens au silence, en l'interprétant comme une décision implicite de rejet, et en raison des attributions étendues des Ministres d'avoir, d'une façon assez importante, supprimé le déni d'administration.

Il suffisait qu'une administration quelconque fut subordonnée à l'autorité ministérielle pour que son silence ou son refus contre lesquels on réclamait ensuite devant le Ministre compétent, puissent ouvrir indirectement un débat contentieux au cas du silence du Ministre. Mais il était nécessaire qu'il s'agisse d'une administration subordonnée, et lorsque ce lien de subordination n'existait pas, le décret du 8 novembre 1864 ne pouvait être invoqué à fin de saisir le Conseil d'Etat (4).

Le texte n'était pas prévu pour les recours dont le Ministre était directement saisi. Tout en se refusant à leur examen (5), le Conseil d'Etat les déclarait cependant recevables, lorsque nonobstant le silence du Ministre, il avait été saisi par un administré et que le Ministre avait présenté des conclusions, sans soulever l'exception du préalable. Car les conclusions donnaient comme la décision préalable le point de vue de l'Administration, et celle-ci pouvait fort bien ainsi renoncer au privilège du préalable qui, conçu dans son seul intérêt, n'était pas d'ordre public (6).

Il n'en restait pas moins que malgré ses intentions louables, le décret de 1864 présentait des lacunes. C'est ainsi que le Conseil d'Etat déclarait toujours irrecevable tout recours dirigé contre le le silence d'une autorité subordonnée (Préfet par exemple, agissant en tant qu'agent de l'Etat) : il fallait en effet recourir hiérarchiquement devant le Ministre (en l'espèce celui de l'intérieur), sauf à agir au cas de son silence devant le Conseil d'Etat, dans les délais impartis par l'article 7 du décret du 2 novembre 1864. (7)

Pratiquement, cela aboutissait à paralyser la jurisprudence qui permettait de saisir le Conseil d'Etat des décisions d'autorités inférieures, sans intenter au préalable contre celles-ci un recours hiérarchique devant le Ministre (8). Le recours omisso médio n'était donc possible qu'au cas de décision explicite et non au cas de silence. Ayant pour but de dispenser les requérants du recours

---

(4) *C. E.*, 8 août 1884, Anaclet, 700 : Les commissions scolaires ne sont pas au sens du décret du 2 novembre 1864 des autorités subordonnées au Ministre de l'Instruction Publique.

(5) *C. E.*, 19 juillet 1872, Drouard 438. — 21 mars 1879, Guimard 240. — 21 mai 1881 *Ville de Beauvais*, 564.

(6) *C. E.*, 21 mars 1879, Mercier 238.

(7) *C. E.*, 14 mai 1897, Demange, 366.

(8) *C. E.*, 24 juin 1881, Bougard 650.

hiérarchique, il rendrait celui-ci inévitable chaque fois que l'Administration ne daignait pas répondre aux requêtes qui lui étaient adressées.

Une réforme générale s'imposait donc. On proposa d'abord d'étendre la règle du décret de 1864 à toute décision ministérielle et non pas seulement à celles qui statuaient sur les recours formés contre les autorités subordonnées (9). C'était insuffisant, et le 31 mai 1900 le Garde des Sceaux Monis déposa sur le bureau de la Chambre des Députés, un projet de Loi, ayant pour but de désencombrer le Conseil d'Etat, de diminuer la lenteur des affaires, et destiné aussi, comme le fit remarquer le rapporteur Chastenet, à combattre l'inertie administrative. Le 19 juin, le projet fut adopté sans discussion et sur déclaration d'urgence à la Chambre des Députés, et selon un processus identique au Sénat, le 9 juillet.

Le 17 juillet 1900, la loi fut promulguée qui, dans son article 3, voulait cette fois, de façon systématique et générale, donner une signification au silence de l'Administration et prévenir à jamais les risques de déni de l'Administration.

SECTION 2. — L'ARTICLE 3 DE LA LOI DU 17 JUILLET 1900

Sous-Section 1. — La signification actuelle des silences de l'Administration

§ 1. — *La nature juridique du silence d'après l'article 3 de la loi du 17 juillet* 1900

Le texte stipule que : « Dans les affaires contentieuses qui ne peuvent être introduites devant le Conseil d'Etat que sous la forme d'un recours contre une décision administrative, lorsqu'un délai de plus de quatre mois s'est écoulé sans qu'il soit intervenu aucune décision, les parties intéressées peuvent considérer leur demande comme rejetée et se pourvoir devant le Conseil d'Etat. Si des pièces sont produites après le dépôt de la demande, le délai ne court qu'à dater de la réception de ces pièces. La date du dépôt de la réclamation, et des pièces s'il y a lieu, est constatée par un récépissé délivré conformément aux dispositions de l'article 5 du décret du 2 novembre 1664. A défaut de décision, ce récépissé doit, sous peine de déchéance, être produit par les parties à l'appui de leur recours au Conseil d'Etat. Si l'autorité administrative est un corps délibérant, les délais ci-dessus sont prorogés s'il y a lieu, jusqu'à l'expiration de la première session légale qui suivra le dépôt de la demande ou des pièces. »

Le texte est parfaitement clair et ne prête à aucune controverse sur le sens qu'il convient d'attribuer au silence de l'Administration. Le fait pour celle-ci de n'avoir pas répondu durant le délai de quatre mois aux requêtes qui lui avaient été soumises constitue une décision implicite de rejet.

Mais on s'est posé la question de savoir si cette assimilation du silence à un refus reposait sur la réalité des faits ou sur une fiction légale.

---

(9) Rapport Krants *J. O.* Documents parlementaires, 1894, p. 1432.

Labayle (10) y voit une fiction légale, c'est-à-dire un fait faux supposé vrai pour la commodité. Ce procédé est couramment employé par le droit pour régir certaines situations particulièrement complexes. C'est lui qui a promu des règles telles que celles relatives à l'exterritorialité, à la personne morale.

On peut y voir également une présomption légale, c'est-à-dire un procédé grâce auquel la loi décide que de tel fait connu doit être induit l'existence d'un fait inconnu, mais supposé et affirmé réel et véritable par le législateur. C'est de cette attitude que relèvent des règles telles que la présomption de paternité et l'autorité de la chose jugée.

Si l'on s'en tient à la lettre de l'article 3, les deux théories sont parfaitement soutenables. Mais admettre la théorie de la fiction légale est supposer qu'en réalité le silence ne correspond pas à un refus, mais à une apathie locomotrice de l'Administration, c'est-à-dire en quelque sorte, à une inertie fautive. Or une faute ne peut se présumer. Par ailleurs, il semble bien qu'en fait le silence, s'il peut parfois révéler des négligences ou de la mauvaise volonté, révèle le plus souvent un refus. On peut simplement reprocher à l'Administration de ne l'avoir pas signalé au requérant. Mais il faut constater que le silence n'est pas systématique, que le plus souvent l'Administration fait connaître ses décisions, et que, si elle ne le fait pas, c'est parce qu'elle estime que la requête est sans valeur, ou quelle ne veut pas lui donner satisfaction.

Le problème de la signification intrinsèque du silence est apparemment très délicat. On peut même dire qu'en tant que tel il n'admet pas de solution générale. Si l'on jette en effet un regard sur le droit privé, on aperçoit aisément sa complexité et la diversité des solutions qu'il autorise (11).

Tantôt le silence a une signification juridique, tantôt il ne constitue qu'un simple état de fait. Une seule règle paraît pouvoir être dégagée : « Le silence ne peut jamais aggraver les situations juridiques existantes » (12). Il est à remarquer qu'il n'en était pas ainsi en droit administratif avant la loi du 17 juillet 1900.

Il est en effet des situations importantes où, à priori, aucune signification spéciale ne peut être conférée au silence. Ainsi lorsqu'une femme commune en biens, après avoir fait inventaire, garde le silence sur l'acceptation ou la renonciation, il est impossible de dire qu'elle a renoncé, puisqu'il faut une renonciation formelle, ni qu'elle a accepté, un défaut de renonciation formelle n'équivalant pas ipso-facto à une acceptation. Le problème se présente semblablement en matière de refus de contracter : rien ne permet de dire que celui qui a gardé le silence en présence d'une offre qui venait de lui être faite, l'a acceptée ou refusée. Il n'en a peut-être pas eu connaissance (13).

Mais le juge peut interpréter souverainement les faits et circonstances de la cause, et décider par exemple qu'en raison des

---

(10) *Op. cit.*, p. 16. Dans le même sens : Laferrière « Le recours contre le silence de l'Administration » *Revista de Drept Public*, 1930, p. 322 n. 1.

(11) Sur ces points, cf. Gouttenoire : « Le silence de l'Administration », *Thèse Paris*, 1932 p. 244 - P. Voirin n. sous Req., 29 mars 1938 - D. 1939-1-5.

(12) En ce sens Cass. cv. 25 mai 1870 D., 1870-1-257.

(13) Sur ce problème V. *infra* p.282Cpr : Théorie des avant-contrats ; Mazeaud. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle* T I n° 116-118 - Gaudemet : *Théorie génrale des obligations*, p. 37 - Demolombe : *Traité des contrats*, T. 1 n° 65 - Maynan : *Les fictions de contrat*, Th. Montpellier, 1924.

relations d'affaires existant entre les parties, le silence vaut acceptation de l'offre, surtout si cette dernière a été faite dans l'intérêt de l'acceptant éventuel (14).

Dans cet ordre d'idées, le législateur est venu seconder l'effort du juge et de nombreux textes permettent de voir dans le silence un forme d'acceptation tacite.

Ainsi la loi du 27 juillet 1230, article 7, paragraphe 2, donne ce sens au silence dans les rapports entre assureur et assuré. De même l'article 29, § 2 de la loi du 1er juillet 1938, décide qu'un assuré accident du travail sollicité par son assureur de souscrire un avenant à sa police, à la suite d'une aggravation par la loi des charges patronales, est réputé avoir accepté si, dans un délai déterminé à compter de la notification de l'offre, il a négligé de répondre.

Dans le même sens, on peut citer l'article 1738 du Code Civil qui organise la tacite reconduction des baux, le décret-loi du 21 décembre 1926 (modifiant sur ce point la loi du 21 juin 1865) qui stipule que le silence vaut acceptation en matière de formation d'association syndicale, l'article 31-K-2° du livre 1er du Code du Travail qui décide que les conventions collectives du travail sont obligatoires à l'égard des mebres des groupements signataires s'ils n'en ont pas démissionné dans certains délais.

L'existence de cette réglementation montre qu'intrinsèquement le silence ne vaut pas nécessairement acceptation. En tant que fait, il est normal de lui attribuer un incidence juridique, et la loi en tient très souvent compte (15), pour ne pas d'ailleurs toujours l'assimiler à une acceptation : l'article 932 du Code Civil dispose en effet que l'acceptation d'une donation doit être expresse.

Il semble donc que normalement, le silence doit être assimilé à un refus. Certes le juge pourra en décider autrement, si cela résulte des faits de la cause. Car si une acceptation tacite se déduit d'une volonté mal exprimée, celle-ci doit cependant être réelle. Alors qu'une acceptation qui serait déduite de la nature des choses. risquerait d'amener non seulement à une interprétation tendancieuse de la volonté des parties, mais à une création ex nihilo de cette volonté (16).

La loi de 1900 paraît donc s'être ainsi conformée à une tradition juridique selon laquelle le plus souvent le silence cache un refus. De telle sorte qu'en notre matière, en raison de la règle de la décision préalable, il est très normal de considérer que ne pas répondre équivaut à refuser un droit puisque, le requérant ne peut saisir directement le juge.

Cette présomption légale de refus, l'Administration ne peut jamais l'écarter : si, durant quatre mois elle a gardé le silence devant les requêtes qui lui étaient présentées, cela vaut refus, même si elle fait savoir durant cette période, à un administré, qu'il était sursis à sa demande (17). même si elle prouve que son silence était justifié par la volonté d'attendre la solution d'un recours pour excès de pouvoir, avant de répondre à la demande (18).

Selon les termes de l'article 3 de la loi du 17 juillet 1900, le

---

(14) Req. 29 mars 1938 précité.

(15) Cf. : Jugement par défaut, prescription, autorisation maritale tacite de l'exercice par la femme d'une profession commerciale.

(16) P. Voirin n. précitée sous Req. 29 mars 1938.

(17) *C. E.* 21 novembre 1913 Gauron 1124.

(18) *C. E.* 26 mars 1931 Helleling 377.

silence est donc toujours une décision implicite de rejet, reposant sur une probabilité de refus, présomption contre laquelle l'Administration ne peut être admise à faire la preuve contraire.

§ 2. — *De quelques autres significations du silence de l'Administration*

Si nous avons intitulé le titre I de notre première partie : « Les silences de l'Administration », bien qu'en tant que tel, le silence soit toujours de sens indéterminable, c'est parce que des textes lui ont donné en des hypothèses particulières, des significations spéciales et par là, on dérogé à l'article 3 de la loi du 17 juillet 1900.

Il n'y a là rien d'étonnant. Beaucoup de textes sont en effet antérieurs à la loi de 1900 qui, de par sa généralité, n'a pu les abroger, en vertu de la règle juridique selon laquelle une réglementation spéciale déroge toujours à une réglementation générale (19). Par ailleurs, d'autres textes sont intervenus postérieurement à la loi de 1900 à laquelle ils ont apporté des exceptions formelles, relatives tant au sens du silence lui-même, qu'aux délais impartis par la loi.

Un certain nombre de textes conserve au silence de l'Administration, sa signification de décision implicite de rejet, mais l'assortit en général de délais beaucoup plus brefs, sanctionnant plus brutalement ainsi l'inertie des pouvoirs publics. Nous avons déjà cité (20) l'article 58 de la Loi du 5 avril 1884 qui fixe des délais de un à deux mois et l'article 15 du décret du 12 avril 1830 qui prévoyait au contraire un délai de quatre mois.

Nous pouvons mentionner en outre, parmi les textes importants :

— L'article 26 de la loi du 3 juillet 1875 : « Lorsqu'il se sera écoulé trois mois à compter du jour de la transmission par le Maire de la Commune à la commission d'évaluation, des dossiers de réclamations prévus par l'article 25 ci-dessus, sans qu'ait été fixée l'indemnité à allouer aux intéressés ou sans que notification leur ait été faite, ceux-ci pourront saisir directement la juridiction compétente. Cette disposition s'appliquera en outre au règlement des indemnités à allouer pour réparation des dommages causés par les troupes dans les cantonnements et logements par application de l'article 14 de la présente loi. »

— L'article 66 de la loi du 5 avril 1884 qui considère comme rejetée la réclamation adressée au Préfet, si ce dernier n'a pas statué dans le mois.

— L'article premier de la loi du 8 janvier 1905 qui assimile à une décision implicite de rejet le silence du Conseil de Préfecture qui n'a pas statué dans les deux mois sur l'autorisation de poursuivre demandée par un contribuable communal ; ce dernier à l'expiration du délai peut alors se pourvoir en Conseil d'Etat (21).

— L'article 10 de la loi du 27 décembre 1927 impose aux contributions directes de délivrer un récépissé, s'il le requiert, au contribuable qui a fait une réclamation ; l'article 11 accorde au

---

(19) La nouvelle règle a, par contre, rendu caduc le décret du 2 novembre 1864 qui était devenu sans portée pratique.

(20) *Supra*, p. 17, n. 1.

(21) Sur cette question v. *infra*, p. 482

Directeur des Contributions, 6 mois pour statuer : c'est bien donner au silence une signification de rejet, puisque si l'Administration n'agit ni ne répond, c'est parce qu'elle n'a pas modifié le rôle.

C'est là un exemple de délai plus long que le délai de Droit commun. Mais aussi sommes-nous en matière fiscale... Les délais sont fixés en considération de l'intérêt que les Pouvoirs Publics attachent à la question à résoudre : si la puissance publique est en cause, non seulement le silence vaut refus, mais encore sera-ce plus souvent un long silence. Au contraire, s'agit-il d'affaires où la fonction de l'Administration consiste plus en obligation de laisser faire qu'en obligation de faire, où l'intérêt privé est aux yeux de la loi, spécialement digne de protection, les délais sont plus brefs, et le silence vaut quelquefois acceptation. (22)

En ce sens, nous avons déjà cité, comme dispositions antérieures à la loi de 1900, l'article 4 du décret du 26 mars 1852 pour qui le silence valait acceptation après un délai de 20 jours, l'article 48 de la loi du 8 avril 1898 qui, lui, fixait un délai de trois mois (23).

On peut de plus, citer :

— L'article 69 de la loi du 5 avril 1884 modifié par le décret-loi du 5 novembre 1926, qui dispose que le silence gardé par l'autorité supérieure vaut approbation implicite des délibérations du Conseil Municipal (24).

— La loi du 1er avril 1898 pour qui le silence de 3 mois de l'Administration sur une demande d'approbation de statuts de société de secours mutuel, vaut approbation, puisque l'Administration ne peut opposer un refus, obligatoirement motivé d'ailleurs, que dans les cas prévus par la Loi.

— L'article 50 de l'ordonnance du 12 octobre 1945 relative à la coopération agricole, modifiée par la loi du 14 mai 1946 : « l'agrément sera considéré comme acquis par les organismes qui en auront régulièrement fait la demande et déposé les pièces nécessaires pour l'examen de leur dossier au Secrétariat du Comité d'Agrément, si aucune notification de décision ne leur a été adressée dans le délai de deux mois à partir du dépôt ».

— Les articles 5, 7, 10 et 11 du Règlement d'Administration publique du 10 août 1946 pris en exécution de l'ordonnance du 27 octobre 1945 qui remaniait une fois de plus la réglementation relative au permis de construire. Des délais très brefs sont fixés, et le silence est toujours considéré comme une acceptation de la demande.

— On peut noter une application en droit public de la tacite reconduction de l'article 1738 du Code Civil : la Loi du 9 septembre 1919 sur le régime minier impose à l'Administration de faire savoir si elle renouvelle ou non la concession, avant la fin de la 25me année précédent l'expiration de la concession ; avant le début de la 26me année, l'intéressé doit adresser sa demande de renouvellement au Ministre dont le silence, au bout d'un an, équivaut à l'acceptation de la prorogation de la concession pour une nouvelle période de 25 ans.

— Enfin on peut considérer semble-t-il, comme une forme d'acceptation, l'inertie du Préfet qui laisse s'écouler les 15 jours

---

(22) Cf. Gouttenoire *op. cit.*, p. 155 et s.
(23) V. *supra*, p. 17, n. 2.
(24) *C. E.*, 5 janvier 1934. Mgr Chollet S., 1935-3-64.

après rejet par le tribunal judiciaire de son déclinatoire de compétence durant lesquels il peut prendre un arrêté de conflit.

Mais l'Administration qui sait que son silence vaut acceptation, peut être tentée de prolonger le délai qui lui est imparti pour statuer. Le Conseil d'Etat ne laisse pas passer de semblables abus et sanctionne toujours les manquements des pouvoirs publics. C'est ainsi qu'il a décidé que lorsqu'un délai était imparti à un organisme administratif pour statuer en appel sur une réclamation contre le rejet d'une requête par l'organisme qui lui est subordonné, ce délai ne peut être arbitrairement allongé, en fixant son point de départ à une date autre que celle à laquelle il est fixé (soit au jour où l'organisme d'appel a reçu copie de la décision de l'organe de première instance, soit au jour de l'accusé de réception du dossier du requérant, alors que le point de départ est fixé au jour de l'enregistrement au Secrétariat de l'organe en question). (25)

Mais il est d'autres situations particulièrement dignes d'intérêt, où l'administration, qui a agi de son propre mouvement et non à la requête d'un administré, risque par son inertie de gêner les simples particuliers à l'encontre desquels son action s'est exercée. Afin de faire cesser un état de fait qui, à la longue, deviendrait dommageable, la loi a parfois prévu une procédure spéciale, instituant certains délais à l'expiration desquels les simples particuliers peuvent considérer que l'Administration a renoncé à son action.

En ce sens on peut citer la loi du 31 décembre 1913, en matière de monuments historiques. On sait qu'une proposition de classement grève un immeuble de toutes les charges qui pèsent sur les immeubles classés. Or, si cet état de chose se prolonge, il est susceptible de nuire au propriétaire : c'est pourquoi si, dans les six mois, aucune décision n'a été rendue, le propriétaire récupère la jouissance intégrale de son bien. Il en est de même lorsqu'a été notifié, par l'Administration, son intention d'exproprier. Car cette notification a les mêmes effets que le classement : si l'utilité publique est constatée, sa déclaration autorise le classement sans autres formalités. Mais si l'Administration n'effectue pas ces diverses opérations, si spécialement elle n'a pas poursuivi l'obtention du jugement d'expropriation, trois mois après sa notification, tous les effets entraînés par cette procédure, tombent.

Une situation comparable est celle qui résulte de l'arrêté préfectoral de cessibilité, en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique. En effet, le propriétaire ne peut plus alors ni aliéner, ni faire fructifier. Aussi, l'atricle 14 de la Loi du 3 mai 1841 (modifiée par la Loi du 6 septembre 1918), lui permettait-il, si un an après l'arrêté de cessibilité, l'Administration n'avait pas procédé à l'expropriation, de saisir le tribunal par voie de requête.

L'article 17, § 3, du décret du 8 août 1935, décide maintenant que, si l'Administration renonce à poursuivre l'expropriation, elle doit faire connaître son intention aux parties intéressées, dans le délai de trois mois, faute de quoi elle est considérée comme y ayant renoncé. La Loi du 17 juillet 1921 a institué une procédure

---

(25) *C. E.*, 2 février 1945, Javey 29.

analogue, en matière d'expropriation conditionnelle. A la fois, pour permettre à l'Administration de protéger ses intérêts financiers, en renonçant au projet, et au propriétaire de sauvegarder ses droits, l'article 81 oblige l'Administration à se décider dans le délai de trois mois. Si elle ne l'a fait, elle est considérée comme ayant renoncé à l'expropriation conditionnelle, sans que cela crée d'ailleurs, au bénéfice du propriétaire, un droit à être exproprié (26).

Neus pouvons, enfin, mentionner la loi du 8 avril 1898, sur le régime des eaux que nous avons déjà cité (27), et dont l'article 48, relatif à la servitude de halage, n'interprète le silence, ni comme un refus, ni comme une autorisation, mais le rend générateur de dommages et intérêts à la charge de l'Administration.

Dans les hypothèses que nous venons d'examiner, la Loi ne préjuge pas de la signification du silence, elle permet seulement d'y mettre un terme. Car il ne s'agit aucunement, pour l'Administration, de faire droit ou opposition à une demande, mais de savoir si elle est décidée à poursuivre une entreprise et à en subir les conséquences. Une renonciation n'est pas un refus, et les administrés n'ont pas plus droit à la cessation qu'à la continuation de l'action de l'Administration. Mais, du moins, il est remédié à l'inertie de celle-ci, de façon à garantir certains droits des simples particuliers.

En résumé, l'on peut affirmer que le principe général est, suivant l'article 3 de la Loi du 17 juillet 1900, d'interprêter le silence de l'Administration comme une décision implicite de rejet. Il peut y être apporté des exceptions, relatives soit à la fixation des délais, soit à la signification même du silence ; mais encore cela doit-il être fait expressément.

Si aucune procédure spéciale n'est prévue, c'est évidemment la Loi de 1900 qui doit être mise en œuvre. Mais le problème peut se présenter, parfois, d'une façon complexe. En effet, il est des textes qui oublient de donner une signification précise au silence, et à ce titre laissent l'interprête perplexe.

Aussi, l'article 24 de la Loi du 16 octobre 1919, qui règle les modalités des concessions d'utilisation d'énergie électrique, décide que l'Administration jouit d'un délai de six mois pour répondre aux demandes à elle adressées. Mais il ne dit pas si ce silence est un refus ou une acceptation.

Il semble bien qu'il faille l'assimiler à un refus, en raison de ce que nous avons dit précédemment de la nature juridique du silence d'après la loi de 1900, qui établit, non pas une fiction, mais une présomption.

Le problème peut ne paraître que théorique, car ce qui intéresse, avant tout, l'administré, c'est de pouvoir saisir le juge sur le silence de l'Administration. Il est exact que sa portée pratique, en matière d'obligation de faire, est nulle : même si le silence équivalait alors à une reconnaissance du droit, le requérant n'obtiendrait quand même pas la prestation fournie. Mais il pourrait en être autrement en matière d'obligation de laisser faire. Il s'agit, ici, en effet, du libre exercice des libertés publiques, au proit des administrés, et nous avons vu que des textes spéciaux

---

(26) Cass., 5 août 1929 - *G. P.* 1929, 2.693 (sous réserve d'un droit à indemnité au profit du propriétaire).

(27) V. *Supra*, p. 17, n. 2.

interprètent souvent ce silence comme une autorisation. On pourrait, facilement, admettre qu'il devrait en être généralement ainsi. Mais bien des activités sont susceptibles de mettre en cause l'ordre public, et il est dififcile de décider que, par son silence, l'Administration a signifié qu'elle s'en désintéressait. Car il peut s'expliquer, par le fait qu'elle n'a pas eu en mains tous les éléments de décision et qu'elle a choisi d'attendre. Aussi, est-il préférable d'interpréter toujours le silence comme un refus, la notion d'ordre public étant trop envahissante, pour qu'il n'en soit pas tenu compte et trop vague pour permettre d'opérer une discrimination exacte entre les activités, susceptibles ou non, d'intéresser l'ordre public (28).

Sous-Section 2. — La portée de l'article 3 de la Loi du 17 juillet 1900

Nous abordons, ici, le problème le plus intéressant, posé par la Loi de 1900, parce que le plus pratique pour les administrés. En effet, pour ceux-ci, peu importe en somme la signification du silence de l'Administration, pourvu qu'il ne soit pas un obstacle à un recours éventuel devant le juge et, qu'ainsi, il n'aboutisse pas à un déni d'Administration.

Or, c'est précisément ce déni, que la Loi de 1900 s'est donné pour but de supprimer. Il est certain que l'Administration doit assurer le fonctionnement des services publics et que les fonctionnaires doivent accomplir les actes de leur fonction. A ce titre, il est normal de présumer que ne pas répondre à une demande, c'est refuser un droit revendiqué.

Mais c'est surtout une gestion anormale des services publics que d'empêcher, par le silence, un administré de connaître sa situation et de se pourvoir en justice. C'est donc, en définitive, moins le refus lui-même qui est atteint que ses conséquences, moins le silence que le déni d'Administration.

Celui-ci était dû, surtout, à un vice, à une lacune de procédure. La Loi de 1900 a voulu remédier de façon définitive, en touchant moins le fond du droit que la police du droit. Elle a réalisé essentiellement une liaison obligatoire du contentieux, à laquelle d'Administration ne peut se soustraire.

Cet aspect procédural du texte est immédiatement perceptible. Une fois ,rapidement défini, le silence comme une décision implicite de rejet, l'article 3 de la Loi de 1900, établit toute une procédure destinée à éviter que l'Administration n'empêche, par son inertie, les administrés de recourir au juge.

L'interprétation de la portée du texte a posé, ainsi que nous allons le voir, un certain nombre de questions qui, de près ou de loin, touchent toutes à des problèmes de procédure.

Il faut, dès l'abord, préciser que la Loi de 1900 ne supprime pas la règle de la décision préalable, mais la corrige. Comme par le passé, il demeure, en principe, impossible de saisir le Cnoseil

---

(28) Nous ne pouvons nous étendre davantage sur un sujet, d'ailleurs plein d'enseignements. N'étudiant que le régime des obligations de faire en droit public, nous sommes obligés de laisser de côté celui des autorisations, permissions, approbations... Néanmoins on peut se rapporter, afin d'examiner un problème connexe, *infra*, IIme partie - Titre IV,p. 473 et s.

d'Etat si l'on est démuni d'une décision des autorités compétentes (29). Il en est de même lorsque le législateur a formulé l'exigence de la décision préalable devant certains Tribunaux administratifs, en même temps qu'il a prévu, dans ces hypothèses, l'application de la règle de la décision implicite de rejet (30).

Toutefois, le Conseil d'Etat a jugé que la mise en cause devant une juridiction incompétente où une décision préalable n'était pas exigée, pouvait tenir lieu de réclamation à son égard (31).

Par ailleurs, l'article 3 stipulant : « Dans les affaires contentieuses qui ne peuvent être introduites devant le Conseil d'Etat que sous la forme d'un recours contre une décision administrative... » on est autorisé à penser que si la règle de la décision préalable est imposée, tout à fait exceptionnellement d'ailleurs, devant un autre juge que le Conseil d'Etat, l'Administration peut, par son silence, paralyser un recours juridictionnel, puisque la Loi de 1900 n'a été faite que pour les recours devant le Conseil d'Etat. Cette solution paraît choquante (32), bien que logique. Il semble, qu'en 1900, on ait voulu atteindre toutes les inerties Administratives. Mais la jurisprudence a adopté la solution restrictive, ce qui démontre amplement le caractère procédural de la Loi.

La jurisprudence a, en premier lieu, fixé ses positions au sujet des litiges relatifs aux refus des pensions. Dans ses articles 6 et 38, la Loi du 31 mars 1919, stipulait qu'un refus de pension ne pouvait être prononcé que par une décision formelle du Ministre. C'est là une application de la règle de la décision préalable (33). Les requérants pouvaient-ils, dès lors, invoquer à leur profit l'article 3 de la Loi de 1900 et prétendre que les Tribunaux des pensions devaient statuer sur leurs requêtes, le défaut de réponse à une demande de pension constituant au bout de quatre mois une décision implicite de rejet ? Le Conseil d'Etat s'est formellement opposé à cette thèse « Considérant... que l'ar-

---

(29) *C. E.*, 28 juillet 1908, Espagnol. — C. E., 16 février 1938, Mauranne 171. — 23 janvier 1924, Le Trividec. — 13 mars 1929, Roger 299 — *C. E.*, 28 juin 1944, Quintin 182. — *C. E.*, 3 janvier 1947, Davio 4. — *C. E.*, 2 juillet 1937, Becquerel S. 1937-3-111. Mais le *C. E.* admet les intéressés à présenter contre les décisions administratives relatives au reversement des trop perçus par l'Administration, des conclusions subsidiaires tendant à l'allocation d'une indemnité destinée à compenser en tout ou partie le montant des sommes répétées (qui peuvent être accordées si le versement a constitué une faute de l'Administration), sans que les intéressés aient à justifier d'une décision préalable statuant spécialement sur cette demande d'indemnité.

(30) C'est ainsi que le Conseil de Préfecture ne peut être saisi d'une requête d'un contribuable en matière de Contributions directes, que si celui-ci a préalablement adressé une réclamation au Directeur des Contributions Directes, dont le silence constitue au bout de 6 mois une décision implicite de rejet : *C. E.*, 30 octobre 1931, X... (1re espèce) 929-1er juillet 1932, Cie Agricole de Minoterie 659.

(31) *C. E.*, 23 nov. 1917. Ville de Toulouse S. 1924-3-16. V. n. Duverger au *J.C.P.* 1946-2-2954 - inutilité de la décision préalable pour un recours au *C. E.* sur renvoi d'une juridiction judiciaire — distinction entre le recours sur renvoi pour appréciation de validité, et le recours sur renvoi en interprétation.

(32) En ce sens Jèze, *R. D. P.* 1905, p. 778 qui estimait qu'il fallait donner à la loi de 1900 une portée générale.

(33) *C. E.*, 6 novembre 1929 Mas 952 : jugé qu'un tribunal départemental des pensions peut à bon droit rejeter comme irrecevable une requête qui ne fait état d'aucune décision ministérielle.

ticle 3 de la Loi du 17 juillet 1900... ne s'applique pas aux affaires introduites devant les tribunaux et cours régionales des pensions » (34).

La même solution a été apportée par le Conseil d'Etat aux problèmes soulevés par l'interprétation du décret du 8 septembre 1934, relatif aux recours des fonctionnaires locaux devant le Conseil de Préfecture. Certains requérants estimaient que, s'appuyant en cela sur la jurisprudence du Conseil d'Etat, ils pouvaient bénéficier de la loi de 1900 qui, en matière de recours pour excès de pouvoir, permettait d'intenter ce recours dans un délai indéfini, une fois terminés les quatre mois de silence, valant décision implicite de rejet. Or, l'article premier du décret de 1934 prévoit expressément que le recours doit être intenté dans les deux mois. C'est ce qui a amené le Conseil d'Etat à préciser que la Loi de 1900 ne pouvait être étendue par analogie aux instances dont le Conseil de Préfecture était saisi, en exécution du décret de 1934 (35). Ainsi est-il bien précisé que la Loi de 1900 ne s'applique qu'aux instances devant le Conseil d'Etat : elle ne peut être invoquée devant les autres juridictions, où une décision préalable est exigée ; tant que celle-ci n'est pas intervenue, tout recours est impossible (36).

La Loi de 1900 apparaît donc, d'ores et déjà, imparfaite, puisqu'elle ne vise pas tous les silences de l'Administration. Mais le législateur a parfois pallié cet inconvénient — qui passe souvent inaperçu parce que le Conseil d'Etat est juge de droit commun — en précisant que, dans certaines hypothèses, le silence vaudrait décision implicite de rejet. Nous avons vu que la règle de la décision préalable était quelquefois exigée devant le Conseil de Préfecture, mais le législateur a chaque fois prévenu les risques du déni d'Administration, en décidant, soit par l'article premier § 3, du décret du 8 septembre 1934, que le silence gardé, pendant quatre mois sur les réclamations des fonctionnaires locaux valait décision implicite de rejet, — soit par l'article 11 de la Loi du 27 décembre 1927, que le silence, gardé pendant six mois, par l'Administration des Contributions Directes sur les réclamations des contribuables, valait décision implicite de rejet (37).

Mais ce sont là des mesures insuffisantes et l'on est obligé de constater que la Loi du 17 juillet 1900 n'est applicable que devant le Conseil d'Etat et, qu'à ce titre, elle ne peut remédier au silence de l'Administration lorsque la règle de la décision préalable est appliquée devant une juridiction administrative, autre que le Conseil d'Etat et qu'il n'est pas stipulé une application spéciale de la règle de la décision implicite de rejet.

Ainsi, la loi de 1900 ne peut empêcher toutes les manifestations du déni d'administration. Elle n'a pas été améliorée sur ce point par la Loi du 18 décembre 1940 (art. 47), et par l'ordonnance du 31 juillet 1945 (art. 51) qui, toutes deux, ont repris sa

---

(34) *C. E.*, 8 mars 1929, Aubagnac 274.

(35) *C. E.*, 21 janvier 1938. Dimeur D.H. 1938.231.

(36) Cf. *P. de F.R. n. au S.*, 1938 3-9.

(37) *C. E.*, 18 novembre 1935 Soc. Biguet et Woelfflé 1065 - 30 mai 1938 Delarbre 482 « Considérant... que le silence gardé pendant six mois sur la réclamation du sieur D. pouvait seulement être regardé comme équivalent à un rejet et permettre au requérant de porter le litige devant le Conseil de Préfecture ».

formule : « Dans les affaires contentieuses qui ne peuvent être introduites devant le Conseil d'Etat que sous forme d'une requête contre une décision administrative... »

Il y a là ainsi que le reconnaît M. LAFERRIÈRE (38), une disposition expresse de la Loi, que le Conseil d'Etat n'a pas osé interpréter largement, malgré les graves inconvénients pratiques qui en résultent pour les administrés (39).

Il est un autre point qu'il convient de préciser, afin de définir la portée exacte de la Loi de 1900. Qu'entend-on, en effet, par affaire contentieuse ?

Il ne peut s'agir évidemment que des affaires dont le Conseil d'Etat connaît, à titre de juge, mais à titre de juge de premier degré. La Loi n'a pas été faite pour pallier l'inertie de tribunaux relevant du Conseil d'Etat, en appel ou en cassation. Elle vise à réprimer le déni d'Administration, non le déni de justice. Un arrêt récent du Conseil d'Etat rappelle cette règle, de manière nette et définitive : « Considérant que le sieur X... soutient que le Conseil de Préfecture, n'ayant pas statué dans le délai de quatre mois sur sa réclamation, l'article 3 de la Loi du 17 juillet 1900,

---

(38) « Le recours contre le silence de l'Administration ». *Revista de Drept Public*, 1930, p. 322.

(39) Il est intéresant de comparer sur ce point la jurisprudence du Conseil d'Etat et du Conseil des Prises. En vertu du décret du 2 septembre 1939 et de l'instruction du 24 décembre 1939 (art. 7), les simples particuliers ne peuvent présenter directement une demande en indemnité au Conseil des Prises, mais doivent obtenir du Ministre de la Marine une décision préalable quitte ensuite à soumettre celle-ci à la juridiction des prises, si elle refuse toute indemnité, ou n'accorde qu'une indemnité insuffisante.

Mais cette décision doit être explicite : la règle est en effet qu'en matière de prises, le silence de l'Administration ne vaut pas décision implicite de rejet, ce « formalisme rigoureux » étant dû, ainsi que l'a dit le Commissaire du Gouvernement Puget, à ce que la loi de 1900 n'assimile le silence à une décision de rejet que pour les affaires portées devant le Conseil d'Etat. La loi de 1900 étant étrangère au Conseil de Prises (*Conseil des Prises*, 29 nov. 1941 Ninféa - *Recueil des Décisions du Conseil des Prises*, p. 119), il est donc facile au Ministre de la Marine de commettre un déni d'administration.

Toutefois, la production d'une décision n'est pas exigée, si son existence est prouvée par les pièces du dossier (*arrêt Ninféa* précité et *C. des Pr.* 20 av. 1942, Méonia, p. 163). C'est là une application du droit commun. Mais on peut se demander si le Conseil des Prises n'est pas allé plus loin afin de lutter efficacement contre le déni d'administration. Il a en effet paru écarter la règle de la décision préalable pour donner une solution équitable aux affaires dont l'instruction avait été bouleversée par la défaite de 1940. Le Conseil présume que si le requérant ne peut produire une décision, c'est en raison des événements qui avaient empêché de l'aviser, ou avaient été cause de ce qu'il n'avait jamais reçu la décision.

Il faut noter que l'Administration a fait sur ce point preuve de bonne volonté, en ne s'opposant pas à la recevabilité de la requête mais en défendant au fond.

Aussi le Conseil des Prises a-t-il jugé que « *Dans les circonstances exceptionnelles* de l'affaire dont le dossier a été partiellement détruit ou perdu, à la suite des événements de juin 1940, il n'est pas établi qu'il ne soit pas intervenu une décision du Ministre de la Marine rejetant la demande d'indemnité présentée par le capitaine du navire Kota-Agoeng, le 13 février 1940 ; *que d'ailleurs le Ministre défend au fond ;* que dès lors et bien que le requérant n'ait pas produit la décision ministérielle prévue par le décret du 2 septembre 1939, la requête est recevable » (*arrêt Kota-Agoeng*, en date du 29 novembre 41, page 91). Remarquons que la décision du Conseil relève à la fois l'existence des circonstances exceptionnelles et le fait que le Ministre a défendu au fond. La solution eut-elle été la même si le Ministre n'avait pas défendu au fond ?

(Sur tous ces points, cf. A. Gervais : *La jurisprudence française des prises maritimes dans la seconde guerre mondiale*, Titre I, Section 1).

l'autorisait à regarder sa demande comme rejetée et à se pourvoir devant le Conseil d'Etat. Considérant que la Loi du 17 juillet 1900 n'est pas applicable aux décisions contentieuses que les juridictions sont appelées à rendre et que les conditions dans lesquelles un contribuable qui a saisi un Conseil de Préfecture de sa demande peut former un pourvoi devant le Conseil d'Etat, demeurent réglées par la Loi du 22 juillet 1889 ; qu'il suit de là que le sieur X..., qui ne peut joindre à sa requête un arrêté du Conseil de Préfecture, statuant sur sa demande, n'est pas recevable à présenter directement cette demande devant le Conseil d'Etat (40).

Il ne pouvait d'ailleurs être question d'une autre intrprétation. La Loi de 1900 a remédié aux inconvénients de la règle de la décision préalable, mais elle n'a pas donné à la décision préalable une nouvelle nature. Car la Loi de 1900 n'est, en somme, que l'extension du décret de 1864 : or, c'est sous le règne de ce décret qu'avait eu lieu l'abandon de la théorie du Ministre-Juge, qui avait, dès lors, amené à reconnaître à la décision préalable un caractère administratif et non pas juridictionnel. La Loi de 1900 n'a rien changé à cela et, quoiqu'on en ait dit (41), n'a jamais voulu revenir à la théorie du Ministre-Juge.

Si donc, affaire contentieuse, signifie bien affaire administrative contentieuse, on peut encore se demander ce que signifie exactement ce dernier qualificatif. La question a, en effet, un évident intérêt pratique. Si « contentieux » est interprété dans un sens très large, on en arrive à décider que la Loi de 1900 impose aux administrateurs de répondre à toutes les demandes (42).

A cela, il suffit de répondre que beaucoup de demandes ne méritent pas de réponses, que le silence peut être un exercice normal de la fonction publique, et que, seules, ses conséquences, peuvent en être dangereuses.

Mais il ne faut pas tomber non plus dans une interprétation trop restrictive du terme « contentieux », et dire avec ARTUR, que la décision devait être contentieuse préalablement au recours au Conseil d'Etat. La théorie du Ministre-Juge est, aujourd'hui, complètement abandonnée, et de plus le Conseil d'Etat reçoit les recours contre les décisions de toutes les autorités administratives quelles qu'elles soient (43).

LAFERRIÈRE et le doyen HAURIOU (44) ont, au contraire, vu juste, en demandant d'étendre le domaine de l'article 3 à toutes réclamations ayant pour objet un droit sur lequel l'Administration est obligée de se prononcer. A cette idée, GOUTTENOIRE a ajouté la précision suivante : « On peut se pourvoir contre une

---

(40) *C. E.*, 19 mars 1943. - *D. A.*, 1943 p. 47, cf. *C. E.*, 26 novembre 1937 Légot 166 : Le Conseil Départemental de l'Enseignement Primaire, étant aux yeux du Conseil d'Etat un organe juridictionnel le silence gardé par ce Conseil sur un recours contre un refus d'admission d'un enfant dans une école primaire, n'est pas une décision implicite de rejet par laquelle l'on pourrait saisir le Conseil d'Etat par la voie du recours pour excès de pouvoir.

(41) Artur, *op. cit.*, p. 498.

(42) Marie : *Le droit positif et la juridiction administrative*, T. I. p. 486.

(43) *C. E.*, 23 janvier 1935, Plisson 84 : recours contre la décision implicite d'un maire rejetant une demande d'alignement. - cf. *C. E.* 7 août 1903 - D. 1905 3-8 - 30 juin 1905 Département de la Mayenne (silence d'un Conseil Général).

(44) Laferrière *op. cit.*, T. 2 p. 443 - Hauriou *n. au S.* 1906-3-129.

décision implicite, selon le même mode que contre une décision formelle. Si donc il existe des cas où on ne peut se pourvoir contre une décision, il en sera de même dans l'hypothèse où l'Administration aura gardé le silence... L'individu ne saurait avoir plus de facultés lorsque l'Administration demeure inerte que lorsqu'elle agit » (45).

C'est en ce sens que la jurisprudence a toujours jugé. Si, en effet, la Loi de 1900 mettait à la charge de l'Administration une obligation de répondre à toutes les requêtes, le silence, en tant que tel, d'une part, forcerait le juge à examiner toutes les affaires dont il serait saisi, en vertu de la Loi et, d'autre part, serait une source de responsabilités pour les Pouvoirs Publics. Or, en réalité, nous n'assistons à rien de pareil.

Le Conseil d'Etat, saisi en vertu de la Loi du 17 juillet 1900, se refuse à examiner toutes les requêtes ne concernant pas des matières contentieuses, c'est-à-dire celles où le requérant ne peut exciper ni d'un droit, ni d'un intérêt lésé, ou qui conduiraient le Conseil d'Etat a apprécier l'opportunité d'une mesure Administrative.

Par un arrêté, Burot de l'Isle (46), il décide, en effet, ne pouvoir statuer sur une demande d'autorisation de police, à laquelle un Maire n'avait pas répondu, en faisant valoir que la demande était bien trop imprécise pour que le Maire puisse apprécier les dangers que courrait la sécurité publique ; l'abstention du Maire en la matière n'était donc pas un excès de pouvoir.

Au contraire, si le Conseil d'Etat estime que l'affaire est contentieuse, il le fait nettement ressortir. C'est ainsi qu'il déclara qu'un recours comme d'abus était matière contentieuse (47) et, qu'à ce titre, la Loi de 1900 devait être appliquée, que le silence d'un Ministre, sur une demande d'autorisation d'appel à la générosité publique, était un excès de pouvoir, car la société requérante satisfaisait aux exigences de la Loi du 30 juin 1916, dont le silence du Ministre pouvait légitimement apparaître comme une interprétation erronée ou tendancieuse (48) ; qu'un refus implicite d'inscription d'office n'était annulable que parce qu'il résultait des observations au pourvoi faites par l'Administration que celle-ci avait proféré le refus pour des motifs de droit erronés et non d'opportunité (49) ; également, le Conseil d'Etat n'oublie pas de préciser lorsqu'il s'agit d'un recours contre une décision implicite de rejet que le requérant est fondé à prétendre que les motifs probables du refus ne sont pas au nombre de ceux qui peuvent légalement le justifier (50).

Spécialement, en ce qui concerne le recours pour excès de pouvoir, le Conseil dEtat considère que ne lie pas le contentieux le silence gardé par l'Administration sur la requête d'un administré, relatif à une décision insusceptible de faire grief : «Considérant que, par sa lettre en date du 15 octobre 1941, le Préfet Régional de Toulouse, s'est borné à inviter le Directeur de la Régie Autonome des Pétroles, à licencier le sieur Vincent de ses

---

(45) *Op. cit.*, p. 221.
(46) *C.E.*, 19 mai 1916, 178.
(47) *C. E.*, 7 août 1905 - Zill - Desille - *S.*, 1906-3-129 n. Hauriou.
(48) *C. E.*, 27 janvier 1921 Association des blessés du Lycée Buffon, 117.
(49) *C. E.*, 17 mai 1918 Chabory 476.
(50) *C. E.*, 18 janvier 1946 Panagopoulos *J. C.P.* 1946-4-41.

fonctions de chef du contentieux de la dite Régie, sans prendre de décision faisant grief au requérant ; que celui-ci, à qui il appartenait de demander au Tribunal compétent, comme il l'a d'ailleurs fait, réparation du préjudice qui lui a été causé par son congédiement, n'est pas recevable à déférer au Conseil d'Etat la lettre dont s'agit et par voie de conséquence, la décision implicite de rejet résultant du silence gardé par le Secrétaire d'Etat à l'Intérieur, sur sa demande, tendant à l'annulation de la prétendue décision qu'aurait contenue ladite lettre (51).

Ce qui est vrai, sur le plan du recours pour excès de pouvoir, l'est aussi sur celui du recours de plein contentieux. Ce n'est pas le silence qui est générateur des responsabilités, mais le refus de droit qu'il cache. Ainsi, un Maire ayant refusé, à tort, par deux fois, implicitement, puis expressément, de faire droit à une demande d'entrepôt à domicile, la société requérante, affirme le Conseil d'Etat, peut à ce titre, réclamer des dommages et intérêts à la commune. Mais il prend soin de noter que l'indemnité sera égale au montant des sommes qu'elle a du payer au titre des droits d'octroi : ce qui signifie qu'elle est évaluée relativement au droit d'obtenir l'entrepôt et au dommage effectivement causé par le paiement irrégulier des taxes d'octroi ; le silence qui constituait le premier refus n'apporte aucun élément supplémentaire d'évaluation ; aucun préjudice n'aurait été subi, c'est-à-dire aucun droit d'octroi n'aurait été versé, le silence, à lui seul, n'aurait pu être générateur de responsabilités (52). Cela n'a rien que de très normal : le refus n'est pas nécessairement illégal et, s'il est illégal, n'est pas nécessairement dommageable ; un silence de quatre mois ne peut constituer, en tant que tel, une faute, surtout si l'on veut bien se rappeler que, seuls, des retards assez prolongés, appréciés aussi en fonction des circonstances, sont susceptibles d'engager la responsabilité de l'Administration (53).

Sous-Section 3. — La procédure de la liaison obligatoire du Contentieux

Nous venons de voir que la portée essentielle de la Loi du 17 juillet 1900 était d'établir une liaison obligatoire du contentieux. Mais ce n'était pas tout que de décider qu'un silence de quatre mois valait décision implicite préalable de rejet permettant de saisir le Conseil d'Etat du litige. Il fallait surtout donner aux administrés le moyen de prouver qu'ils avaient adressé à l'Administration une demande à laquelle il n'avait pas été répondu.

C'est ce à quoi s'est employé l'article 3 qui stipule : «... La date du dépôt de la réclamation et des pièces s'il y a lieu, est constatée par un récépissé délivré conformément aux dispositions de l'article 5 du décret du 2 novembre 1864. A défaut de décision, ce récépissé doit, sous peine de déchéance, être reproduit par les parties à l'appui de leurs recours au Conseil d'Etat... »

---

(51) *C. E.*, 12 janvier 1944 Vincent, 12.

(52) *C. E.*, 4 mars 1932 Cie d'Electricité de Béziers 255.

(53) *C. E.*, 28 juin 1912 Manrot 742 : Un silence de dix sept mois en réponse à une demande d'alignement n'est pas fatalement une faute s'il est dû non à la négligence, mais aux nécessités de l'instruction - v. critique (erronée à notre sens) de cet arrêt par Guille. *L'alignement des voies publiques et privées.* Thèse Paris 1938, p. 90.

On voit donc toute l'importance du récépissé : c'est lui qui fixe le point de départ de quatre mois, et permet ainsi d'apporter la preuve du silence de l'Administration. Si un requérant ne présente pas le récépissé de sa réclamation, son recours devant le Conseil d'Etat est irrecevable (54).

Mais — et c'est là que réside une lacune du texte — les administrés risquent d'être désarmés si l'Administration oublie ou refuse de délivrer ce récépissé. La jurisprudence a eu très tôt à résoudre ce problème et l'a fait de façon très libérale.

Elle a, tout d'abord, décidé que le refus de récépissé était une matière contentieuse : l'Administration doit obligatoirement le fournir. Son refus constitue nécessairement un excès de pouvoir, car il ressuscite le déni d'Administration que la Loi de 1900 a voulu faire disparaître (55).

Mais ce n'était là qu'une solution théorique : l'Administration pouvait encore rester silencieuse devant une demande spéciale de récépissé, relative à une précédente requête. Il fallait permettre aux Administrés d'apporter la preuve de la date du dépôt de leur demande.

Par l'arrêt Zill-Desille, le Conseil d'Etat estime que le refus de récépissé, constaté par exploit d'huissier, pouvait tenir lieu de récépissé lui-même (56). Mais il alla beaucoup plus loin ; à l'heure actuelle, il suffit d'adresser sa réclamation, dans une lettre recommandée, à l'autorité compétente, le récépissé postal ou l'avis de réception remplissant alors l'office du récépissé exigé par l'article 3. L'esprit, à la fois pratique et libéral du Conseil d'Etat, apparaît très nettement dans le libellé de l'arrêt Dumont (57) : «... La difficulté à laquelle la dite Loi a entendu remédier subsisterait tout entière, si les dites Administrations pouvaient, en ne délivrant pas de récépissé, empêcher de courir le délai de quatre mois à l'expiration duquel le pourvoi peut-être formé ; qu'il suit de là que la disposition qui oblige le réclamant à fournir, à défaut d'une production de la décision attaquée, le récépissé de sa demande, doit être entendue comme n'ayant d'autre but que d'exiger une preuve certaine que la réclamation a été remise à une date déterminée à l'autorité compétente ; qu'il appartient au juge d'apprécier d'après les éléments du dossier si le requérant apporte cette preuve et si, en conséquence, le délai de quatre mois a pu courir à partir de cette date » (58). C'est donc le juge qui, d'après les éléments du dossier, apprécie si le requérant a fourni une preuve suffisante. Et il considère, comme telle, l'envoi d'une lettre recommandée alors que, cependant, le reçu de la poste ou l'avis de réception, prouvent seulement qu'une lettre a été envoyée ou remise, sans pouvoir dévoiler son contenu. C'est pourquoi, l'Administration est admise à faire valoir la preuve que la lettre recommandée qu'elle a reçue

---

(54) *C. E.*, 4 juillet 1928 Demoiselle Plawnick, 854.

(55) *C. E.*, 7 août 1905, Zill-Desille, précité.

(56) Cf. *C. E.*, 3 février 1911 Nicollet - *S.* 1913-3-95 - 17 novembre 1911 Dagassan 1052.

(57) *C. E.*, 26 mars 1920 - *S.*, 1923-3-1 n. Hauriou.

(58) Cf. *C. E.*, 10 novembre 1905, Carrère, 810.

(59) *C. E.*, 15 mai 1935, Malaterre.

et dont le requérant produit le récépissé, a un tout autre objet que celui prétendu (60).

Mais il se peut que le requérant ne produise, à l'appuie de sa requête, ni récépissé légal, ni récépissé postal. Il ne faut pas croire que sa requête sera nécessairement déclarée irrecevable, En effet, l'autorité contre l'acte de laquelle on agit, et qui a laissé une demande sans réponse, peut fort bien, une fois le pourvoi intenté, avoir exposé en défense au pourvoi les motifs de son abstention. Le Conseil d'Etat considère, dès lors, que ces motifs servent de base au recours et suppléent au défaut de décision préalable : « Considérant que, dans le silence du Ministre, les motifs exposés par celui-ci en défense au pouvoir, doivent être regardés comme constituant le fondement de la décision attaquée » (61)). Cela, en effet, revient pour l'Administration à admettre qu'elle avait eu connaissance de la réclamation (62) : le juge se donne alors le droit de vérifier s'il y a là une preuve suffisante. Le Conseil d'Etat n'a fait qu'appliquer à l'Administration la jurisprudence qui décide que, lorsque le requérant présente une décision qui n'est pas susceptible d'être attaquée, le recours pour excès de pouvoir est admissible contre les observations de l'Administration en réponse au pourvoi, qui valent décision, si elles expriment une opinion sur le litige (68).

Mais il est nécessaire que l'on puisse admettre que c'est l'Administration, elle-même, qui a eu connaissance de l'affaire. Le Conseil d'Etat déclare toute requête irrecevable si, en guise de décision préalable, il est seulement produit une décision de justice, dirigée non contre l'Administration, mais contre un fonctionnaire. Il en est de même pour les mémoires en défense de l'Administration, lorsqu'ils stipulent expressément qu'ils n'ont couclu au fond que pour le cas où la requête serait déclarée recevable : si celle-ci est jugée irrecevable par le Conseil d'Etat, la présentation du mémoire en défense est insusceptible de lier le contentieux (64).

Enfin, toujours dans la même tendance libérale, il faut signaler que, si à l'appui de leurs requêtes, les administrés ne peuvent présenter copie des décisions, pusiqu'il s'agit d'actes qui n'ont été ni publiés, ni notifiés, le tribunal administratif doit inviter l'Administration à en verser un exemplaire au dossier, sans pouvoir déclarer les requêtes irrecevables (65).

La jurisprudence a ainsi comblé une lacune importante d'un texte qui établit essentiellement une procédure. Or, cette lacune n'était pas la seule.

En effet, l'article 3 de la Loi de 1900, dispose bien que le silence doit durer quatre mois pour constituer une décision implicite de rejet, mais ne dit pas dans quels délais doit être intenté un recours pour excès de pouvoir.

---

(60) Cette jurisprudence a été implicitement codifiée par l'article 47 de la loi du 18 décembre 1940 et l'article 51 de l'Ordonnance du 31 juillet 1945 qui stipulent en effet, que : « La requête doit, à peine de déchéance, être accompagnée d'*une pièce* justifiant de la date du dépôt de la réclamation ».

(61) *C. E.* 1er avril 1938 Soc. Anon. Hôtel d'Albe - *S.* 1939.3.36.

(62) *C. E.* 21 novembre 1913, Gauron 1125.

(63) Sur ces divers points, Cf : *C. E.* 12 décembre 1924 Bonnemains 1014 - 1er avril 1925 Braquet 365 - 10 mars 1927 André 258 - 3 août 1927 Lozai 920.

(64) Sur tous ces points, Cf *C. E.* 28 juin 1944, Quintin 182.

(65) *C. E.*, 26 avril 1940, Rousset D.A. 1941, J. 280.

L'article 24 de la Loi du 13 avril 1900 avait fixé ce délai à deux mois, alors qu'antérieurement, il était fixé à trois mois. Cela peut paraître bref, mais l'intérêt de la fonction administrative exige que les actes administratifs ne restent pas trop longtemps sous le coup d'une menace d'annulation. La Loi du 17 juillet 1900 étant muette sur cette question, on pouvait penser que le délai de deux mois pour intenter le recours pour excès de pouvoir, serait appliquable aux recours contre une décision implicite de rejet, et aurait son point de départ à l'expiration du délai de quatre mois, prévu par l'article 3. Le Conseil d'Etat commença d'abord par admettre un recours dans le délai de deux mois (66), mais, par l'arrêt Ducreux, il déclara recevable un recours intenté après l'expiration de ce délai (67). Depuis lors, sa jurisprudence ne se dément jamais (68), ne faisant, en somme, que reprendre celle qui s'était dessinée au sujet du décret de 1864 (69).

La solution se justifiait ainsi : Du moment que l'article 3, ainsi que nous l'avons déjà exposé, n'avait pas créé une fiction de refus, mais une présomption de refus, la décision implicite constituait une probabilité de refus, mais de refus non daté. Or, c'est la date de la publication ou de la notification qui fixe le point de départ du délai de deux mois : ni l'une, ni l'autre n'ayant été faites, en raison du silence, on pouvait affirmer que le délai ne commençait jamais à courir, faute de point de départ (70).

Il était aussi permis de penser que cette menace de possibilité illimitée d'action, qui pesait sur l'Administration, était une juste sanction de son silence. Mais cet argument n'est pas sans réponse : en effet, nous avons vu que le silence ne pouvait être présumé fautif. Et, dès lors, il n'était pas juste de laisser planer cette menace. Néanmoins, la jurisprudence se soutenait pour des raisons de technique et de formalisme juridique. Il fallait un texte pour combler la lacune de l'article 3 de la Loi du 17 juillet 1900. Le Gouvernement du Maréchal Pétain réalisa cette réforme par la Loi du 18 décembre 1940, dont l'article 47 décida que le recours contre la décision implicite de rejet devait être intenté dans les deux mois à dater de l'expiration du délai de quatre mois pour le silence de l'Administration (71).

Il reste, cependant, encore une lacune ou du moins une imprécision du texte. L'article 3 ne se prononce pas sur la portée du délai de quatre mois, au terme duquel le silence vaut décision implicite de rejet. En effet, on peut se demander si un recours est possible avant son expiration.

---

(66) *C. E.*, 4 août 1905, Finet 738.

(67) *C. E.*, 7 août 1905, Ducreux. - *S.*, 1906-3-129 n. Hauriou.

(68) *C. E.*, 7 mai 1909 Monteux 473, 26 mars 1920 Dumont *S.* 1923 3-1 n. Hauriou - 25 juillet 1924 Sourriaud 726 - 3 avril 1925 Laulan 389 — 22 janvier 1927 Lefranc 76 - 6 novembre 1931 consorts Gobert (1re espèce) 958.

(69) *C. E.*, 11 janvier 1866 Chabanne, *S.*, 1866-3 355.

(70) Ce n'est d'ailleurs que la conséquence logique de la théorie selon laquelle le délai du recours pour excès de pouvoir ne court qu'à partir du jour où l'Administration a porté la décision à la connaissance des intéressés. Cf. Hauriou *n. au S.* 1910-3-33.

(71) Le décret du 8 septembre 1934, art. 1, en avait déjà décidé ainsi en ce qui concernait la règle du silence de l'Administration devant les Conseils de Préfecture pour les recours des fonctionnaires locaux. La réforme de 1940 a été confirmée par l'Ordonnance du 31 juillet 1945 (art. 51).

Il semble, en droit strict, qu'une pareille requête soit irrecevable car, avant quatre mois, le refus n'est pas encore acquis. Le Conseil d'Etat commença, d'abord, par juger ainsi (72), puis changea d'attitude lorsqu'il se vit assailli d'un grand nombre de requêtes précoces. Par un arrêt, CADET (73), il parut admettre le principe de recevabilité d'un recours précoce ; mais il faut signaler que cette décision rejettait expressément l'application en l'espèce, de l'article 3 de la Loi du 17 juillet 1900.

Il faut voir le début de cette jurisprudence dans l'arrêt PAMART (74), rendu alors que la requête avait été introduite avant l'expiration du délai de quatre mois.

La décision Jouanne (75) fit, plus tard, application de ce principe, de manière nette et définitive : « Considérant qu'il résulte de l'instruction que le sieur Jouanne a adressé sa réclamation au Ministre, le 19 novembre 1923, qu'à la date du 19 décembre suivant, le Ministre n'avait pas encore statué sur cette réclamation ; que, dans ces conditions, le Ministre des Finances ne saurait se prévaloir de cette circonstance, que la requête susvisée du sieur Jouanne ait été introduite dès le 3 décembre 1923, pour soutenir que cette requête n'est pas recevable ».

Il suffit donc que le Conseil d'Etat ait statué à l'expiration du délai de quatre mois. A cette condition, on ne peut déclarer irrecevable une requête précoce. Les lenteurs de la Haute-Juridiction sont trop connues pour avoir besoin d'exposer longuement que ces recours sont presque toujours validés.

Ainsi précisée, la réforme de 1900 s'est affirmée particulièrement efficace. Au sens strict du mot, il n'y a plus, aujourd'hui, dans la quasi-totalité des cas, de déni d'administration. Les pouvoirs publics ne peuvent plus, par leur silence, paralyser une action en justice. Mais la Loi de 1900 a eu surtout pour but de remédier à une procédure défectueuse. On ne peut en inférer une condamnation du silence en tant que tel, qui ne préjuge en rien de l'inertie de l'Administration.

En conséquence, il ne paraît pas possible d'affirmer que l'article 3 de la loi du 17 juillet 1900 pose le principe en droit public des obligations de faire et rend impossible le procédé de l'inertie (76). L'Administration est seulement empêchée d'interdire, par son silence, l'accès des tribunaux. Mais c'est à ces derniers qu'il appartient de dire si telle situation juridique impose à l'Admnistration une obligation de faire.

Notre propos est maintenant de passer à l'étude des diverses obligations de faire, susceptibles d'exister à la charge des Pouvoirs Publics, et d'examiner si la notion classique d'obligation de faire, au sens du Code Civil, a en droit public un équivalent.

---

(72) *C. E.*, 29 avril 1904, Lamy 351.
(73) *C. E.*, 16 mars 1907, Cadet 265.
(74) *C. E.*, 21 décembre 1911, Pamart 1240.
(75) *C. E.*, 26 novembre 1924, Jouanne 1125.
(76) Contra : Gouttenoire *op. cit.* p. 51-52.

TITRE DEUXIEME

Le problème de l'inexécution et de l'interdépendance des autorités

Lorsque nous avons exposé les données du problème, objet de notre étude, nous avons immédiatement signalé quelle était leur complexité. Ce ne sont pas seulement les effets essentiels de l'obligation de faire, au sens civiliste du terme, qui risquent de ne pas exister en droit public, mais c'est surtout la notion même d'obligation de faire qui va se révéler incapable de rendre compte de toutes les obligations d'exécuter susceptibles d'être mises à la charge des pouvoirs publics.

En effet, si dans une certaine mesure, elle peut expliquer la situation de l'Administration débitrice de prestations, et de services, elle ne peut, par contre, donner une idée exacte de ce que sont les rapports des diverses autorités entre-elles. Or, ceux-ci, intéressent les simples particuliers au plus haut degré.

Car, l'Administration n'est qu'un mot. Ce qui est réel, ce sont les autorités administratives, dont les compétences, obligations et pouvoirs, sont établies non seulement à l'égard des simples particuliers, mais aussi en vue de régler leurs propres rapports.

Il est évident que les administrés cherchent, en premier lieu, à obtenir la prestation à laquelle ils prétendent avoir droit, mais s'ils se heurtent à un refus ou à l'inertie du service prestataire, ils sont alors tentés de mettre en branle le mécanisme interne du service, de façon que l'autorité d'exécution soit rappelée à l'ordre par l'autorité de décision, ou celle-ci même par celle qui est chargée de son contrôle. Ce qui est ainsi demandé, ce n'est pas seulement l'exécution de l'obligation de faire primitive, mais aussi la mise en mouvement d'une opération à l'intérieur même de l'Administration.

Très sommairement, nous venons de rappeler, ici, les mécanismes de la tutelle et de la hiérarchie. Ce sont les plus connus, mais il ne faut pas croire que ce soient les seuls. L'interdépendance des autorités se manifeste encore sous bien d'autres formes.

Elle se manifeste, en premier lieu, sous la forme des rapports des autorités exécutives et législatives. C'est là le problème de l'initiative et de l'exécution des Lois, qui doit être envisagée à la fois sur le plan du droit constitutionnel et du droit administratif. Il est loin d'être théorique, d'ailleurs. L'inexécution des Lois par inertie ou mesures positives ou négatives délibérées, revêt une grande importance dans un régime de démocratie parlementaire, où elle est une des formes de la lutte du Gouvernement contre les Assemblées, lutte qui aboutit souvent à frapper de paralysie les textes votés par le législateur. La question de l'initiative des Lois, c'est-à-dire de savoir si les simples particuliers peuvent exiger la présentation aux Assemblées d'un texte de loi ou concourir, eux-mêmes, à son élaboration, pour présenter moins d'acuité quotidienne, est posée dans les périodes de crise où le corps électoral, mécontent de la non réalisation d'un programme sur lequel il a élu ses représentants, rappelle sa souveraineté et réclame une participation plus étroite à la confection des règles législatives ; de temps à autre, la démocratie cesse de paraître assez démocratique, et certains exigent alors une démocratie dircete et non plus seulement représentative.

Le même problème que celui de l'initiative et de l'exécution de la Loi existe à l'égard des traités et conventions internationales, pour lesquels les juristes ont longtemps réclamé, et à qui l'actuelle Constitution de la IV^me^ République, vient de reconnaître, force de Loi. Il s'agit ici d'un rapport assez complexe d'autorités diverses : la négociation et la signature des traités intéressant les rapports du gouvernement français et d'un gouvernement étranger — la ratification, les rapports du Gouvernement et du Parlement français — l'exécution (tournée vers l'ordre interne), les rapports du gouvernement agissant administrativement et des simples particuliers susceptibles de bénéficier de clauses du traité.

Une fois la règle de droit posée, elle doit être exécutée. Mais avant d'arriver au dernier stade de l'exécution, elle passe le plus souvent dans les mains de diverses autorités qui l'interprètent et la mettent en œuvre. Or, ce travail, peut n'avoir pas été fait ou l'avoir été négligemment. Il s'agira alors, pour les Administrés, d'exiger la mise en mouvement des rapports internes de l'Administration : recours au supérieur hiérarchique, à l'autorité de tutelle, demande d'indemnité en raison du non fonctionnement du contrôle des autorités supérieures, de la désobéissance des autorités inférieures, du défaut de liaison qui a empêché ces dernières de transmettre les requêtes aux autorités dont elles dépendent et qui sont compétentes pour en connaître.

Mais le système administratif français, en plus des autorités subordonnées ou coordonnées, connaît aussi les autorités « séparées ». Par là nous voulons entendre les autorités administratives et judiciaires. Il n'est pas besoin d'insister sur l'actualité du problème de l'inexécution des décisions de justice. L'Administration ne peut donner d'ordre au juge. ni en recevoir de lui : mais elle peut paralyser sa décision car, elle seule, dispose de la force publique, dernière voie d'exécution que peut utiliser le bénéficiaire d'une sentence judiciaire. Si elle refuse l'appui de cette force, que le juge ne peut mttre en mouvement et à laquelle il ne peut donner aucun ordre, la décision de justice sera inexécutée et, droits et confiance des justiciables, disparaîtront peu à peu.

Il y a donc là un délicat problème de rapports d'autorités dont la séparation ou l'indépendance risquent souvent de nuire à ceux à qui elles auraient dû profiter.

Nous venons de voir sous quel angle les rapports des autorités subordonnées, coordonnées ou séparées, sont susceptibles d'intéresser les particuliers. Mais ils ont tous un trait commun ; quelque soit le mode d'ordonnancement des rapports qui lient ces autorités, il a toujours un fondement réglementaire.

Or, il est des services publics dont l'origine est contractuelle, ou du moins à l'origine desquels on trouve un élément contractuel. Nous voulons, ici, parler des concessions. Celles-ci constituent des contrats administratifs dont les effets peuvent être revendiqués par des tiers étrangers au contrat. Mais ce n'est pas sous cet angle que la concession nous intéresse présentement. La concession — comme tout contrat administratif en général — établit un certain ordre de relations entre les parties à l'acte, entre le concédant et le concessionnaire. Les tiers au contrat peuvent-ils exiger que l'autorité administrative concédante exerce ses pouvoirs sur le concessionnaire qui ne fait pas bénéficier les tiers des services de la concession ?

Cela rappelle le contrôle hiérarchique ou de tutelle. Mais pour les simples particuliers, peu importe la nature des rapports des autorités : réglementaires ou contractuels, il s'agit essentiellement qu'ils soient mis en mouvement à leur profit.

Nous étudierons donc le problème de l'inexécution et de l'interdépendance des autorités sous les six rubriques suivantes :

Chapitre 1. — L'Initiative des Lois.

Chapitre 2. — L'inexécution des Lois.

Chapitre 3. — Le problème de l'inexécution et les rapports internationaux.

Chapitre 4. — Le problème de l'inexécution dans la hiérarchie et la tutelle.

Chapitre 5. — L'inexécution par l'Administration des décisions de Justice.

Chapitre 6. — L'abstention de l'Administration contractante et le recours des tiers au contrat.

CHAPITRE PREMIER

L'INITIATIVE DES LOIS

Poser le problème de l'initiative des lois, c'est chercher à déterminer l'autorité compétente pour édicter les Lois. Problème extrêmement complexe d'ailleurs, puisqu'il met en cause les principes généraux de l'organisation politique des peuples. Mais nous n'avons nullement l'intention de gravir les hautes cimes de la métaphysique juridico-politique. Notre propos est plus modeste. Nous nous contenterons d'exposer les solutions du droit positif français dont les règles fondamentales contemporaines sont, à des variantes d'organisation technique près, celles qui ont été mises en vigueur par la III^me^ République.

Mais il est cependant, auparavant, indispensable de rappeler, à grands traits, les caractères spécifiques de cet acte juridique appelé Loi. En effet, nous saurons alors pourquoi il peut être du plus grand intérêt pour les simples particuliers d'exiger que soient formulées des règles régissant et organisant la vie en société. Or, nous verrons que l'interprétation de la nature propre de la loi a amené le droit français à établir une procédure spéciale d'élaboration, entièrement dans les mains de l'organe parlementaire. L'histoire a fait de celui-ci un véritable souverain, devant lequel le public, dont il n'est cependant que le représentant, se trouve sans possibilité d'impulsion, réduit à un rôle sanctionnateur, par l'effet du contrôle électoral.

SECTION I. — CARACTERES DE LA LOI

« Lex de se est generalis » avait écrit Suarez (1). Cette affirmation se retrouve chez un grand nombre d'auteurs anciens et modernes, pour lesquels elle est article de foi. « Vouloir, en législation, c'est établir une règle générale » avait dit Rossi (2), suivi en ce sens par Esmein (3), qui définissait la loi comme « une règle impérative ou prohibitive posée par le souverain qui statue, non dans un intérêt particulier, mais à l'égard de tous, pour l'avenir et à toujours ».

Cette pétition de pirncipe repose, au fond, sur l'idée que la loi ne peut être qu'une règle générale, parce qu'elle établit les

---

(1) De Legibus, Lib. I - Cap. 6 - n° 12.
(2) *Cours de droit constitutionnel*, 2^me^ édition, 1877.
(3) *Eléments de droit constitutionnel*, 2^me^ édition, p. 10.

bases fondamentales de la société qu'elle est appelée à réagir. On sent là l'influence de la « philosophie » politico-juridique du XVIIIme siècle, qui confie au législateur le soin de découvrir et d'établir les « lois naturelles » de la vie en société, lois qui ne peuvent être que l'expression d'une « justice naturelle ». Cette idée se retrouve chez MONTESQUIEU, pourtant moins soucieux d'une métaphysique que d'une recherche des conditions d'un gouvernement destiné à sauvegarder les libertés. « Une chose n'est pas juste, » disait-il, « parce qu'elle est loi, mais elle doit être loi, parce qu'elle est juste » (4). Ce en quoi il se rencontrait avec les physiocrates, dont l'un d'eux, l'abbé BAUDEAU, écrivait : « que ce soit la volonté d'un seul ou la volonté de plusieurs, en quelque nombre que vous les supposiez, aussitôt qu'elle est contradictoire à l'idée de justice, par essence de l'ordre bienfaisant de la nature, aussitôt qu'elle est oppressive, usurpatrice, destructive, ses commandements sont purement arbitraires ; la forme prédominante qui les appuie est leur seul titre... On a donné le nom de Loi à toutes les volontés du souverain comme tel... et parce que tous les mandataires du souverain doivent à ces règles respect et obéissance, on les a confondus avec les lois immuables de la justice essentielle et de l'ordre bienfaisant de la nature » (5).

Cette conception a influencé les constituants de la Révolution Française qui, dans la Constitution de 1791, ont spécifié que « Le pouvoir législatif ne pourra faire aucune loi qui porte atteinte aux droits naturels et civils ».

Que la Loi doive reconnaître les droits naturels ou s'interdire d'y porter atteinte, l'idée sous-jacente est la même. Il y a là une confusion de la Loi et du Droit Naturel. Critiquer alors la notion que le XVIIIme siècle s'est forgé de la loi, revient à critiquer la notion de Droit naturel qui est purement subjective, que chacun interprète à sa façon et où il met ce qu'il veut.

Mais il y a, néanmoins, une idée plus précise chez les juristes français modernes que nous avons liminairement cités. Si, d'un point de vue matériel, on peut penser que, chez eux, le concept de règle générale trouve son origine chez les auteurs du XVIIIme siècle, d'un point de vue formel, sans chercher à en connaître le contenu, ce caractère de généralité peut fort bien servir à distinguer la loi des autres règles impératives.

C'est ce qu'exprime fort bien RENOUVIER, lorsqu'il écrit : «... Déclarer ce qui doit être fait ou évité universellement, acte législatif..., prononcer sur des cas particuliers pour les ramener aux classes de conformité ou non conformité à la Loi, acte judiciaire ; ... user des moyens matériels de ranger les volontés à l'ordre en se passant au besoin de certains consentements, acte exécutif » (6).

Cette triple distinction correspond à la distinction classique, et plus précise, des juristes français pour qui les activités de l'Etat s'analysent en trois fonctions essentielles : la fonction législative, la fonction administrative et la fonction judiciaire. DUGUIT,

---

(4) *Pensées et fragments inédits de Montesquieu.* Bordeaux, Gounouilhou 1899-1901.

(5) *In troduction à la philosophie économique.* T. 2, p. 786. Edit. Guillaumin.

(6) *Science de la morale,* T. 2, p. 293.

qui fut un des brillants défenseurs de cette théorie, en a donné son exacte formulation juridique, en faisant valoir que (7) :

— La fonction législative se manifestait par l'émission d'actes-règles, la fonction administrative, par l'émission d'actes subjectifs, d'actes-conditions et d'actes d'exécution matérielle. — La fonction juridictionnelle par l'existence d'une contestation, d'une situation contentieuse.

Nous n'avons pas l'intention de faire, ici, la critique, de cette conception, qui déborderait de beaucoup le cadre de notre thèse. Disons simplement, qu'en saine logique, elle est discutable.L'assimilation de l'acte-règle à l'acte législatif nous intéresse seulement, et nous permettra de démontrer, grâce aux développements ultérieurs de Duguit, lui-même, combien cette analyse des fonctions de l'Etat ne correspond pas à la réalité du droit positif français.

En effet, l'acte-règle n'est pas l'acte-règle générale. Duguit est bien obligé de reconnaître qu'il existe (ce sont ses termes) des lois normatives et les lois constructives. Les premières, d'après lui, sont celles qui posent les règles sociales (par exemple, les infractions pénales, les principes relatifs au contrat et à la responsabilité civile). Les secondes sont la conséquence obligatoire des premières et visent à organiser les services publics, nécessaires à l'expression des règles ordonnant la vie en société.

Or, on ne peut prétendre que les lois constructives ont un caractère de généralité, puisqu'elles règlementent l'organisation particulière des services publics. Il est exact que l'exécution des Lois normatives les nécessitent. Mais les notions de généralité et de nécessité sont hétérogènes. Et si les Lois normatives sont obligatoires, parce qu'elles formulent « une règle de droit qui est elle-même obligatoire en tant que règle sociale » (8), les Lois constructives ne le sont que parce qu'elles ont pour but de donner à l'Etat l'organisation qui est la plus apte à faire fonctionner les services publics. De telle sorte que la nature matérielle des lois est double, offre un double caractère : celui de la généralité et celui de nécessité.

Le caractère de généralité implique donc la reconnaissance d'un critère matériel de la Loi, du moins selon Dugit, mais d'un critère matériel ambivalent, moins simple qu'un critère formel, distinguant les actes de portée générale qui seraient des lois et les actes de portée spéciale qui seraient des actes administratifs.

Toutes ces théories, extrêmement abstraites, déforment la réalité du droit positif français. Or, si l'on examine attentivement celui-ci, on voit tout de suite comme il s'embarrasse peu des théories des juristes et des philosophes. D'une part, sous le nom de Loi, le Parlement vote des textes qui n'ont pas une portée générale, ni dans le temps, ni dans l'espace. En ce sens, on peut citer les Lois établissant la compétence des services publics, centralisés ou décentralisés (collectivités territoriales, Etablissements publics...), les Lois budgétaires, les Lois de ratification des traités. Parfois, le Parlement est allé jusqu'à voter des Lois destinées à régir des situations strictement individuelles. En ce sens, on

(7) V. sur ce point l'Etat T. 1. *Les transformations du droit public.* — *Traité de Droit constitutionnel.*

(8) Duguit : *Transformations du droit public*, p. 77.

peut citer la Loi du 13 juillet 1906, qui décida la réintégration du Capitaine Dreyfus et du Lieutenant-Colonel Picquart, et la Loi du 29 novembre 1947, qui déclara que le Général Leclerc avait bien mérité de la patrie. Il est évident que ces Lois ne répondent pas au caractère de généralité, qui serait l'essence de l'acte législatif, ni au caractère d'indétermination qui en serait la conséquence logique.

Les lois ont donc, de par la volonté du Parlement, tantôt un objet général, tantôt un objet spécial. Mais il est remarquable de constater que parallèlement, au contraire de ce qu'établit la doctrine classique, les actes administratifs posent des règles générales et ne se contentent pas d'exécuter les Lois par des actes juridiques individuels ou des actes matériels.

Cette autonomie du pouvoir règlementaire ne peut plus, aujourd'hui, être mise en doute. Les décrets coloniaux et les décrets-lois, les règlements de police, les règlements internes des services publics, sont des exemples types de ce pouvoir de l'Administration de disposer par voie de décision générale. Par contre, il est extrêmement curieux de constater que ce pouvoir lui est interdit en matières pénale et fiscale, traditionnellement laissées au Parlement, comme intéressant les libertés individuelles, alors que les premières se rapprochent fort des matières de police et que les secondes mettent en jeu l'application quotidienne des règles ordonnant la vie financière des Services publics.

Il n'y a donc pas, en droit français, de différences matérielles entre la Loi et le règlement. On peut simplement dire que le législatif procède plus souvent par disposition générale que l'Exécutif. La théorie de la séparation des fonctions n'est donc qu'une vue de l'esprit. La seule qui corresponde à une notion réaliste du droit français est la théorie de la séparation des pouvoirs, ou mieux des autorités. Ce dernier terme paraît préférable parce que plus concret.

Car les actes législtlatifs et règlementaires sont soumis à des régimes juridiques différents, non parce qu'ils sont de nature intrinsèquement différentes, mais parce qu'ils sont émis par des autorités, dont l'une le Parlement, n'est pas soumise au contrôle du juge, alors que l'autre, le Gouvernement, est soumis à ce contrôle.

Pourquoi le Parlement est-il une autorité qui échappe au Contrôle du Juge ? C'est, évidemment, parce qu'il n'est pas une autorité administrative ; mais il est intéressant de savoir, en vertu de quels principes le caractère « administratif » ne lui est pas reconnu.

Duguit, cherchant à expliquer le fondement du pouvoir disciplinaire du Parlement, à l'égard de ses membres, avait remarqué que le Parlement, tout comme un quelconque Service public, possédait sa Loi de règlement interne, constituée par les règlements intérieurs, édictés par les Assemblées délibérantes. Et il concluait : « Peut-être serait-il plus simple et plus exact de voir, dans l'organe législatif, non pas une corporation mais un véritable Service public autonome, le Service législatif » (9).

Le vœu du Doyen Duguit montre qu'il n'est pas irrationnel de poser ce problème et qu'il n'est pas inconcevable d'assimiler le

(9) *Transformations du droit public*, p. 121.

Parlement à un Service public, chargé de la tâche spéciale d'élaborer les Lois. Mais ce vœu ne correspond pas au droit positif français qui consacre, au contraire, la souveraineté du Parlement.

Ce caractère, quoiqu'on en ait dit, il le tient de lui-même et non de la nature de la Loi. ROUSSEAU, père spirituel de la notion de souveraineté, avait pourtant dit qu'en tant que telle, la Loi était un acte de souveraineté : « Quand tout le peuple statue sur tout le peuple, il ne considère que lui-même ; et s'il se forme alors un rapport c'est, de l'objet entier sous un point de vue, à l'objet entier sous un autre point de vue, sans aucune division du tout. Alors, la matière sur laquelle on statue est générale comme la volonté qui statue. C'est cet acte que j'appelle une Loi » (10). Cette théorie est celle des politiques et des juristes français classiques. ARTUR l'a ainsi énoncée sous une forme précise : « Ce n'est pas le pouvoir législatif qui communique à la loi sa nature ; c'est la Loi, acte de puissance publique, d'une nature à part, qui, le cas échéant, donne naissance à un pouvoir distinct et lui communique sa nature propre » (11). Cette idée est, à ce point, une idée-force que des auteurs qui, cependant définissent la Loi par son caractère de généralité, font aussi intervenir la notion de souveraineté, tel ESMEIN (12), pour qui la Loi est essentiellement une règle d'ordre général, mais aussi une « règle posée par le souverain ».

Il ne rentre pas dans le cadre de notre sujet de discuter la notion même de souveraineté. Il suffit d'indiquer qu'elle régit notre droit. Dans quelle mesure, c'est ce qu'il importe de préciser. Pour ROUSSEAU, la Loi est souveraine, parce qu'elle est issue du peuple souverain qui l'exprime en exprimant sa volonté générale (13). Son idéal est ce que l'on appelle, aujourd'hui, la démocratie directe, c'est-à-dire un régime où le peuple, lui-même, en corps, participe à l'élaboration de la Loi. Les nécessités propres aux grands Etats, lui font accepter la démocratie représentative où la loi émane seulement des représentants du peuple. Or, la France n'a jamais connu que ce régime depuis la Révolution. Et les représentants du peuple, assemblés en Parlement, ont toujours considéré celui-ci comme le Souverain, par représentation ou par délégation, n'accordant, en fait, au peuple qu'un pouvoir électoral, que le doyen HAURIOU a défini comme un pouvoir de suffrage ou d'assentiment.

MONTESQIEU prévoyait, prophétiquement, cette évolution, lorsqu'il écrivait : « Le peuple, dans une démocratie est à certains égards le monarque, à certains autres il est le sujet » (14). En fait, la Révolution a simplement abattu l'autorité royale, la remplaçant par celle des Assemblées. « Le peuple ou la nation », affirmait SIEYÈS, « ne peut avoir qu'une voix, celle de la Législa-

---

(10) *Du contrat social*. Edition Flammarion, p. 40.

(11) Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions. *R. D. P.* 1900, p. 255.

(12) *Op. cit. loc. cit.*

(13) Carré de Malberg a modernisé cette théorie dans son ouvrage : « *La loi, expression de la volonté générale* », où la notin de volonté générale est considérée d'un point de vue formel et non plus matériel.

(14) Esprit des lois, L. 2, C.H. 2.

tion Nationale »... « Le peuple ne peut agir, ne peut parler que par ses représentants ». A quoi correspondait la formule de Barrère : « La puissance législative ne commence qu'au moment où l'Assemblée des représentants est formée » (15). Pour que le peuple se sentit monarque, en un tel régime, il suffisait, ainsi que l'avait pressenti Montesquieu, qu'il constatât que « les Lois n'y sont pas faites par un particulier plutôt que par un autre » (16).

Le sentiment de l'égalité permet au peuple de s'estimer souverain. Il lui a suffit d'abattre le pouvoir royal et les vestiges de la féodalité pour croire qu'il était le maître. Or, à la maxime, « Le Roi ne peut mal faire » a simplement succédé la maxime : « Le Parlement peut tout faire, excepté changer un homme en femme ». Formule qui peut être ainsi complétée : « Le Parlement peut aussi ne rien faire, et précisément ne rien faire de ce que désire le peuple ». La critique socialiste s'est suffisamment étendue sur ce point pour qu'il soit besoin d'insister davantage. Proud'hon, lui-même, n'a-t-il pas écrit (17) : « Quand tous les pouvoirs ont été délégués, toutes les fonctions publiques distribuées, quand le peuple sera représenté, au milieu, au sommet, à la base, quand les extrémités devront obéir au centre, le souverain sera zéro... Le peuple souverain qui, par l'exercice périodique du suffrage universel, renouvelle, tous les trois ou cinq ans, son abdication, reste, par la nullité de ses avantages, frappé d'exhérédation. C'est un Roi sans domaine, un Gauthier sans avoir, qui, de toutes les grandeurs et magnificences royales, ne conserve que le titre, la nue-souveraineté. Cela est absurde, injurieux, ridicule, mais cela est ».

De notre point de vue, l'effet juridique de la souveraineté du Parlement, est que le Citoyen a moins de droits et de pouvoirs que l'Administré. Le premier ne peut donner directement une impulsion législative au Parlement non plus que le faire déclarer responsable de son inaction, alors que le second peut faire sanctionner, dans un très grand nombre de cas, par le juge, l'abstention de l'Administration. On peut, en ce sens, affirmer que, depuis le tarissement de la coutume comme source du droit, le peuple participe, de moins en moins, à la création de la règle de droit, devenue le domaine exclusif du législateur-souverain.

Cependant, il faut observer que l'élaboration de la Loi est en droit français une procédure complexe. Dans le régime parlementaire qui est le nôtre, Parlement et Gouvernement ont également l'initiative des lois, le premier sous forme de propositions, le second, sous forme de projet (forme devenue, en fait, la plus importante, à raison des capacités techniques plus grandes du Gouvernement d'un Etat caractérisé par la croissance des Services publics les plus divers).

Or, si le Parlement est souverain, le Gouvernement ne l'est point. Proposer n'est pas délibérer et, à ce titre, le Gouvernement n'exerce pas la fonction législative, puisqu'en dernier ressort, la décision appartient au Parlement. C'est là une participation à la confection de la Loi, ce n'est pas la confection elle-même. Il n'est donc pas étonnant, qu'à ce titre, les simples particuliers aient eu

(15) Cités par Laferrière. *R. D. P.* 1944, p. 37.

(16) Esprit des Lois. L. 19. CH. 27.

(17) Théorie du mouvement constitutionnel au XIX^me^ siècle, p. 193 et 203.

le désir et l'occasion de protester contre le refus du Gouvernement de saisir le Parlement d'un projet de Loi. Ce n'est donc pas la Loi qui est en cause, mais un acte relatif à sa procédure, imputé au Gouvernement, Autorité Administrative et non au Parlement, Autorité Souveraine.

SECTION II. — L'INITIATIVE GOUVERNEMENTALE DES LOIS

Sous-Section 1. — Le refus par le Gouvernement de présenter un projet de loi

Le dépôt d'un projet de Loi est un acte du Gouvernement et non du Parlement, au contraire des propositions de Loi qui, émanant des membres du Parlement, sont des actes de nature législative (18).

Mais il est intéressant de savoir si cet acte du Gouvenement est un acte de Gouvernement ou un acte administratif. Les textes constitutionnels sont, bien entendu, muets à ce sujet. Ce dont ils s'occupent, avant tout, c'est d'établir les prérogatives réciproques du Parlement et du Gouvernement.

Le régime parlementaire peut, en effet, revêtir des aspects très différents, suivant l'ordonnancement des rapports du législatif, et de l'exécutif. La France a connu la forme révolutionnaire du Gouvernement d'Assemblée, caractérisée par l'omnipotence d'une seule Assemblée souveraine à l'égard de qui le pouvoir exécutif n'était qu'un pouvoir commis, dont une des infirmités était, entre autres, de ne posséder point l'initiative des Lois. Ce régime avait été inauguré par la Constitution de 1791, dont le Titre 3, après avoir, dans l'article 3 de son préambule, confié le pouvoir législatif à l'Assemblée Nationale, et stipulé dans l'article 1 de la Section 1 du Chapitre 3 que le pouvoir législatif possédait, de façon exclusive, les prérogatives de la proposition et de la délibération des Lois, le Roi, pouvant seulement inviter le Corps législatif à prendre un objet en considération, décidait, enfin, nettement, dans l'article 6 de la Section 1 du Chapitre 4 : « Le pouvoir exécutif ne peut faire aucune Loi, même provisoire, mais seulement des proclamations conformes aux Lois pour en ordonner ou rappeler l'exécution ». La constitution de l'an III confirmait les principes de ce régime (art. 144), ce qui n'empêcha pas, cependant, le Directoire de faire des actes qui n'étaient pas uniquement des proclamations. Le I^er^ Empire fit disparaître le régime parlementaire et consacra l'omnipotence de l'Exécutif qui, seul, pouvait proposer des Lois (art. 44 Constitution, an VIII). La Restauration, restaura, à la fois, la Monarchie et un embryon de régime parlementaire : un embryon, car l'article 16 de la Charte de 1814 conférait, au Roi seul, l'initiative des Lois, les Chambres n'ayant que la faculté de supplier le Roi de proposer une loi sur tel ou tel objet (art. 19 à 21), tout amendement à une proposition de Loi devant au surplus avoir été consenti ou proposé par le Roi (Art. 46).

La Charte du 14 août 1830 établit, au contraire, en ce qui concerne le droit d'initiative, le régime parlementaire type : l'arti-

---

(18) En ce sens Moreau « l'Initiative parlementaire » *R.D.P.* 1901. T. 15, p. 253-254. V. *infra*, p. 53.

cle 15 stipule, en effet, que les deux Chambres ont le droit d'initiative, concurremment avec le Roi. La Constitution du 4 novembre 1848, qui instaurait cependant, à nouveau, le régime de l'Assemblée unique établissait un compromis entre le régime conventionnel et le régime présidentiel : le Chef de l'Etat, élu du peuple et non de l'Assemblée, possédait, en effet, l'initiative des lois concurremment avec elle.

La Constitution du 14 janvier 1852 consacra l'échec de la IIme République et du pouvoir bicéphale. L'exécutif recouvrait la primauté et spécialement l'exclusivité de l'initiative des Lois. C'était un retour au régime de l'an VIII. Le corps législatif étant cantonné dans la délibération, la discussion et le vote des projets de loi, sous réserve de la sanction du Chef de l'Etat.

La réforme de l'Empire libéral n'empêcha pas les événements d'abattre le Second Empire. Après les régimes provisoires du Gouvernement de la Défense Nationale et du Gouvernement de l'Assemblée Nationale (12 février 1871 - 20 novembre 1873), la France allait connaître le régime parlementaire, type qui devait la régir jusqu'en 1940.

De notre point de vue était réalisé l'équilibre des pouvoirs qui conférait également, à l'exécutif et au législatif, l'initiative des Lois. L'article 8 de la Loi du 24 février 1875 stipulait, en effet, « Le Sénat a concurremment, avec la Chambre des députés, l'initiative des lois », tandis que l'article 3 de la Loi du 25 février 1875, reconnaissait que le Président de la République avait « l'initiative des lois concurremment avec les membres des deux Chambres ».

Cet équilibre ne devait plus être remis en cause. La question de l'initiative des Lois ne se pose évidemment pas sous les régimes du « Gouvernement de l'Etat Français » et du « Gouvernement Provisoire de la République Française » de 1940 à 1945, puisqu'ils présentaient le trait commun d'un exécutif totalement affranchi du législatif. Mais, chose curieuse, lors des débats des deux Assemblées constituantes qui de 1945 à 1946 travaillèrent à élaborer la constitution de la IVme République, jamais ne fut mis en discussion le droit d'initiative du Gouvernement (19). L'article 14 de la Constitution du 27 octobre 1946 dispose, en effet, que le Gouvernement a l'initiative des Lois concurremment avec l'Assemblée et, à ce titre, reproduit l'article 62 du Projet Constitutionnel du 19 avril 1946. Or, celui-ci, passe pour avoir voulu établir un régime d'Assemblée : sur ce point précis, il se référait moins à 1791 qu'à 1848. L'actuelle constitution, pourvue d'un multicaméralisme boiteux, a voulu se rattacher à la tradition du parlementarisme classique et non pas révolutionnaire. Comme sous le régime des Lois constitutionnelles de 1875, Exécutif et Législatif, Gouvernement et Assemblée Nationale possèdent également l'initiative des Lois. Sur ce point, il n'a pas été innové. Et, spécialement, il n'a pas été précisé quelle était la nature de l'initiative gouvernementale des Lois.

Cette précision, la jurisprudence du Conseil d'Etat l'a fournie et l'a fournie identiquement sous tous les régimes. Il semble que l'origine de cette jurisprudence doit être trouvée dans l'arrêt

---

(19) L'initiative des lois était aussi reconnue au gouvernement par la loi du 2 novembre 1945.

Prince de Wagram, rendu en 1853 (20). Dans cette affaire, le Conseil d'Etat jugea qu'un Ministre des Finances avait bien méconnu l'autorité de la chose jugée, en prenant pour base d'une indemnité à allouer au Prince de Wagram, à raison des évictions qu'il avait subies en 1820-1821, sur une portion des biens échangés, une estimation générale de tous les biens ayant fait l'objet de l'échange d'après leur valeur actuelle, au lieu de déterminer la valeur des biens dont le Prince se trouvait évincé ; mais que, la demande de celui-ci tendant à ce que le Ministre des Finances soumette au corps Législatif l'échange dont il s'agissait sur les bases du décret de 1814, et des actes d'exécution qui avaient suivi, n'était pas contentieuse et, à ce titre, ne pouvait être soumise au Conseil d'Etat.

Un arrêt Coquelin (21) décida de même pour un refus du Gouvernement de proposer au Corps législatif une Loi établissant une imposition d'office.

Mais c'est par l'arrêt Prévost (22) que le Conseil d'Etat fixa en des termes formels le caractère du dépôt de projet de Loi par le Gouvernement : « Considérant que, par la décision attaquée, le Ministre de l'Intérieur s'est borné à faire connaître aux requérants, qui sollicitaient l'érection en Communes distinctes des sections de Bellevue et du Bas-Meudon, le refus du Gouvernement de donner suite à leur demande, en présentant, à cet effet, un projet de loi, le Conseil d'Etat, entendu : Considérant que les actes du pouvoir exécutif concernant ses rapports avec le Parlement ne sont pas de nature à faire l'objet d'un débat par la voie contentieuse ; que dès lors la requête des sieurs Prévost et consorts doit être rejetée comme non recevable ».

Cette irrecevabilité, c'est ce qui caractérise essentiellement les actes de Gouvernement. En la matière, le refus du Gouvernement de présenter un projet de Loi est un acte de Gouvernement parce qu'il concerne ses rapports avec le Parlement. Cette formule, le Conseil d'Etat l'a adoptée de façon définitive et elle consacre, aujourd'hui, le refus de la Haute Juridiction d'examiner de pareilles demandes qu'elle estime ne pas être contentieuses.

Nous la retrouvons dans l'arrêt Jacquet (23), où il s'agissait d'une affaire identique à celle qui avait motivé la requête du sieur Prévost. Dans l'arrêt Commune d'Asprières (24), elle est exprimée dans des termes un peu différents : « Considérant que, si en vertu de l'article 76 de la Constitution de 1848, les circonscriptions cantonales ne peuvent être modifiées que par la Loi, il n'appartient qu'au Gouvernement, saisi d'une demande tendant à la création d'un canton nouveau, d'apprécier s'il doit ou non y donner suite par la présentation, au Parlement, d'un projet de Loi, et que l'usage qu'il fait à cette occasion de ses pouvoirs, n'est pas de nature à être discuté devant la juridiction contentieuse ».

La formule de cet arrêt a été reprise dans un arrêt Préfecture de Police de la Seine (25), consacrant l'irrecevabilité d'une

---

(20) *C. E.* 12 mars 1953 R. 329.
(21) *C. E.* 22 avril 1858, Coquelin 321 et note.
(22) *C. E.* 17 février 1888. Prévost 149. Concl. Levavasseur de Précourt.
(23) *C. E.*, 13 novembre 1896. Jacquet 709.
(24) *C. E.*, 23 mai 1928. Commune d'Asprières 681.
(25) *C. E.*, 6 juillet 1934. Préfet de Police de la Seine, 787.

demande de la Ville de Paris, tendant à obtenir du Ministre du Commerce qu'il fasse diligence pour que le Parlement lui octroie les crédits nécessaires en vue de rembourser la Ville de Paris des sommes avancées par elle à l'Etat.

La formule de l'arrêt PRÉVOST a été, par contre, consacrée par deux arrêts : l'arrêt ROUCHÉ (26), qui déclarait irrecevable la requête visant à solliciter du Gouvernement le dépôt d'un projet de Loi en vue de l'octroi d'une subvention complémentaire et l'arrêt PANAGEOT (27), qui décidait de même pour le refus d'un Ministre de présenter une demande de crédits nécessaires à la création d'un emploi.

SOUS-SECTION II. — L'IRRESPONSABILITÉ GOUVERNEMENTALE POUR REFUS DE PRÉSENTATION D'UN PROJET DE LOI

L'acte de Gouvernement est, on le sait, à la fois insusceptible de recours pour excès de pouvoir et de recours de plein contentieux. Si donc ce refus du Gouvernement, de déposer un projet de Loi constitue un acte de gouvernement, il est inutile de demander s'il peut engager la responsabilité du Gouvernement. La réponse ne peut être qu'immédiate et négative.

Mais il est des auteurs qui ont estimé que le dépôt d'un projet de Loi ne constituait pas un acte de gouvernement. De plus, par l'arrêt COMPAGNIE MARSELLAISE DE NAVIGATION A VAPEUR FRAISSINET, le Conseil d'Etat a accordé une indemnité, à l'occasion du refus du Gouvernement de soumettre un projet de Loi aux Chambres.

M. GROS, dans sa thèse « Survivance de la raison d'Etat » (28), voit, en effet, dans les actes à l'origine des arrêts PRÉVOST et JACQUET, non des actes de gouvernement, mais des actes de tutelle, le dépôt de projet de loi n'étant qu'un mode d'exercice de la tutelle administrative. La formule « acte insusceptible d'un débat contentieux » peut, en effet, caractériser l'exercice du pouvoir discrétionnaire aussi bien que gouvernemental. Le raisonnement de M. GROS vaut, certainement aussi, pour expliquer la solution des arrêts COQUELIN et COMMUNE D'ASPRIÈRES. Il est exact qu'un acte administratif, approuvé par les Chambres, ne devient pas forcément un acte des Chambres et que le contrôle juridictionnel peut alors jouer (arrêts MARQUIGUY et SANTINI (29).

Mais il semble que cela soit mal poser le problème. Tout d'abord, l'arrêt MARQUIGUY se contente de relever que l'exécution du décret d'expulsion des congrégations, contre laquelle la requête était dirigée, avait été approuvée par un ordre du jour de confiance au Gouvernement : il ne va pas plus loin et ne se prononce pas sur l'influence de l'ordre du jour sur un acte administratif. Par contre, l'arrêt SANTINI est plus explicite : « Considérant... que la circonstance que la convention passée entre la ville de Toulon et le sieur Valabrègue a été approuvée par une Loi, n'en change pas la nature et n'a pas pour effet de donner valeur législative aux clauses qu'elle contient ».

---

(26) *C. E.*, 18 juillet 1930, Rouché 771.

(27) *C. E.*, 19 mars 1947, Panageot.

(28) Paris 1932, p. 42.

(29) *T. C.*, 5 novembre 1880 Marquigny, concl. Rogat 808 — *C. E.*, 18 novembre 1910, Santini 800.

Certes, il est évident que la Loi ne peut changer la nature d'une convention entre l'Administration et un administré. De même que la ratification par le Parlement d'un traité, ne fait pas de celui-ci une Loi, il n'en est pas autrement de la Loi approbatrice d'une convention d'ordre interne. Et l'arrêt SANTINI ne dit pas, en effet, autre chose : la convention demeure administrative. Mais il ne dit pas que la Loi approbatrice est susceptible de recours contentieux. On ne comprend guère où GROS veut en venir. Veut-il dire qu'un acte administratif, donc un projet de Lo,, restera tel, même s'il est consacré par une Loi ? Jusqu'où pourrait conduire la logique ?

Il est exact que la jurisprudence, citée par cet auteur, est relative à des refus d'exercice de la tutelle. Mais il n'en est pas ainsi pour tous les arrêts que nous avons relevés. En effet, l'arrêt PRINCE DE WAGRAM a trait au refus d'exécuter la chose jugée en ne déposant pas un projet de Loi. Les arrêts PRÉFET DE POLICE DE LA SEINE et PANGEOT concernent un refus d'ouverture de crédits pour opérer le remboursement d'une dette de l'Etat ou créer un emploi. Quant à l'arrêt ROUCHÉ, il consacre le refus gouvernemental de demander au Parlement une subvention.

Rien de tout cela n'intéresse la tutelle administrative. Et, cependant, la formule par laquelle le Conseil d'Etat rejette les recours est toujours à peu près la même : « Acte insusceptible de recours contentieux ». Oui, certes, et cela peut viser les actes de gouvernement ou le pouvoir discrétionnaire. Mais il faut aller plus loin dans la lecture des arrêts. Et tous s'expriment indentiquement : l'acte est insusceptible de recours contentieux parce qu'il concerne les rapports du Gouvernement et du Parlement. Cela paraît donc suffisamment caractéristique d'une catégorie d'actes de gouvernement. Peu importe le but poursuivi par le Gouvernement quand il refuse de déposer un projet de loi. Ce qui seul compte aux yeux du Conseil d'Etat, c'est que cet acte, par cela même qu'il intéresse les rapports du Gouvernement et du Parlement, est d'une nature spéciale, qui ne peut donner lieu comme tel à aucun débat contentieux.

Cependant l'on a cru voir une confirmation de la thèse que nous venons de combattre, dans l'arrêt Compagnie Marseillaise de navigation à vapeur Fraissinet (30). La note anonyme au *Dalloz Hebdomadaire* révèle que son auteur a pensé que cet arrêt consacrait un recul de la théorie des actes de Gouvernement, puis qu'une indemnité avait été accordée au requérant qui se plaignait de ce que le refus gouvernemental de déposer un projet de loi, lui avait causé un dommage.

En réalité, il n'en est rien. La lecture de l'arrêt explique, en effet, quel est en l'espèce le fondement du droit à indemnité du requérant :

« Considérant que si le dépôt ou le retrait d'un projet de loi par le Gouvernement constitue de la part de ce dernier l'exercice d'attributions qui, en raison de leur nature, ne sont pas susceptibles de mettre en jeu la responsabilité de l'Etat, et si, en conséquence, le Gouvernement, en décidant de retirer le projet de loi qu'il avait déposé en vue de l'approbation de la convention sus-

(30) *C. E.*, 19 janvier 1934 — *D. H.*, 1934, 183 — *S.*, 1937.3.41 n. Alibert.

mentionnée du 29 juin 1931, et en rendant par suite, caduc l'ensemble de cette convention, n'a pas engagé la dite responsabilité, l'Etat n'en restera pas moins soumis aux obligations résultant à sa charge de l'exécution par la Compagnie requérante des services qu'il lui avait demandés, dans les conditions ci-dessus précisées pour la période à courir à partir du 1er mars 1931. »

A notre sens, l'affaire était parfaitement claire et ne souffrait pas de difficultés d'interprétation. Entre l'Etat et la Compagnie Fraissinet, il existait une convention aux termes de laquelle l'Etat s'était engagé à subventionner annuellement la Société pour qu'elle assure l'exploitation de la ligne maritime Marseille-Roumanie (déficitaire, mais d'intérêt national). Cette convention prévoyait qu'elle ne deviendrait définitive qu'après approbation par le Parlement. Le Gouvernement déposa un projet de loi en ce sens, puis le retira, en raison de la situation financière. Mais dans l'intervalle, la Compagnie Fraissinet avait assuré le service...

Et à ce titre, une indemnité lui fut accordée. Or, le Conseil d'Etat rappelait en même temps que le refus de déposer un projet de loi était toujours un acte de gouvernement. M. Alibert, dans sa note au *Sirey*, critique cet arrêt. Il met en avant les mêmes arguments que M. Gros. Mais il y adjoint les siens propres : il regrette, en effet, que n'ait pas été appliquée en la matière la jurisprudence relative au refus de l'autorité inférieure de saisir l'autorité supérieure (31). Les situations ne paraissent pas cependant assimilables : Le Parlement n'est pas en effet, une autorité administrative supérieure au gouvernement. Il ne l'est qu'en théorie du point de vue constitutionnel. Le Parlement est un organe souverain, alors que le Gouvernement est politiquement et constitutionnellement subordonné au Parlement et, du point de vue administratif, subordonné à la loi, mais non au Parlement.

Il est certain que la Compagnie Fraissinet n'avait pas un droit acquis à la conclusion de la convention. Il n'existe en effet, à la charge de l'Administration, aucune obligation de contracter, sauf prévision de la loi. (32) Mais le Gouvernement avait causé un préjudice à cette Société, non pas en refusant, pour des motifs certainement valables (considérations budgétaires, intérêt public), de déposer un projet de loi de ratification de la convention, mais en ayant exigé de la Société qu'elle exécute un service déficitaire, connu comme tel du Gouvernement qui en demandait la continuation pour des raisons d'ordre national. La Compagnie qui aurait abandonné l'exploitation de la ligne ne l'a continuée que sur les instances du Gouvernement. De ce fait, elle n'a pu que constater un déficit : pour sa part, il y a bien un appauvrissement. Et le Gouvernement s'est, par contre, enrichi de la subvention qu'il n'a pas accordée : il y a bien là enrichissement sans cause, c'est-à-dire sans cause valable, puisqu'il est dû à une promesse non tenue. Quant au lien de cause à effet entre cet appauvrissement et cet enrichissement, il est trop évident pour qu'il soit besoin d'insister. Il pourrait donc paraître que cet arrêt consacre une application de la théorie de l'enrichissement sans cause.

Mais il n'en est pas ainsi. Car la Compagnie est indemnisée en raison du préjudice subi et non pas en vertu de l'enrichissement

---

(31) V. *infra*, p. 202.
(32) V. *infra*, p. 282 et s.

de l'Etat. La faute du gouvernement consiste à avoir exigé l'exécution d'un service préjudiciable : ce qu'il ne compense pas par une subvention qui aurait engagé l'avenir, il le compense par une indemnité qui répare les dommages passés ainsi que le spécifie le Conseil d'Etat. D'une part, la Compagnie Fraissinet est remboursée et d'autre parat, le Gouvernement est libre pour l'avenir.

C'est précisément cette liberté que la notion d'acte de gouvernement s'efforce de protéger. Ce n'est pas en ce qui concerne le refus de déposer un projet de loi, l'abstention du Gouvernement qu'il est possible de sanctionner en tant que telle, mais ses conséquences. (33)

Tout ceci est peut-être regrettable. Mais il ne nous appartient ni de justifier, ni d'expliquer la théorie des actes de gouvernement, simplement de constater une fois de plus qu'elle correspond à la réalité. Ainsi que le disait le Doyen Duez (34), les textes sont sur ce point muets, et l'on ne peut qu'énumérer empiriquement la liste des actes de gouvernement, fruit de la réserve et de la crainte du juge à l'égard de matière où les nécessités politiques dominent.

En ce qui concerne le dépôt des projets de lois, le politique ne peut que l'emporter sur le juridique. Car il n'est pas sûr que le texte du gouvernement soit adopté ou ne soit amendé. Et que signifierait alors un contrôle juridictionnel d'un projet qui, une fois voté — s'il n'était repoussé — ne ressemblerait en rien à l'original ? Par ailleurs, le gouvernement est mieux placé que quiconque pour décider de l'opportunité d'un pareil dépôt : les Parlements sont femmes, et d'humeur changeante. Enfin, permettre au juge de juger d'une possible opportunité équivaudrait à le faire participer à la fonction législative alors qu'il n'a même plus le droit de prononcer des arrêts de règlement.

L'initiative des lois n'appartient qu'au Gouvernement et au Parlement. Ce n'est ni au juge ni aux citoyens de la provoquer.

---

(33) Du refus du Gouvernement de présenter un projet de loi on pourrait être tenté de rapprocher le défaut de présentation au Parlement d'un décret-loi à fin de ratification.

On sait que la ratification parlementaire a pour but de convertir les décrets-lois en loi (Et le plus souvent les lois d'habilitation ne fixent aucun délai au Gouvernement pour soumettre à la ratification des Chambres, les décrets lois qu'il a été autorisé à édicter). Ces décrets sont des actes administratifs susceptibles de recours contentieux : comme tels ils peuvent nuire aux simples particuliers qui ont souvent demandé au Conseil d'Etat de les annuler. Mais de plus ils peuvent soutenir que, non soumis à ratification, ces décrets-lois sont caducs, sanctionnant ainsi une forme de l'abstention gouvernementale.

Pour Duguit (*Traité de Droit Constitutionnel*, T. 3, p. 785 et s.) le décret non soumis à ratification est résolu rétroactivement. Thèse dangereuse que la jurisprudence n'a jamais consacrée, (Cass. 5 juillet 1928 DH. 1928-445 parle bien de décret résolu mais non rétroactivement), car elle fait planer l'incertitude sur la valeur juridique du décret jusqu'à sa ratification, ainsi que sur les relations juridiques nées en vertu du décret-loi.

M. Jèze après avoir d'abord soutenu que le dépôt de ratification était une simple obligation politique du gouvernement (R.D.P. 1921 540 cf. Laborde-Lacoste *R. D. P.* 1926 380) vit par la suite dans la clause de ratification une condition — mais sans effet rétroactif — de la validité juridique des décrets-lois *C.R.P.D.* 1937 503 cf. Bonnard : *Précis de Droit Administratif*, 4me édit., p. 300. *R. D. P.* 1941-544). Ceux-ci seraient alors valables pour le passé et nul pour l'avenir. M. Rusu peut satisfait de cette idée de condition qui ne rétroagit pas, propose (Les décrets-lois dans le régime constitutionnel de 1875. *Thèse Bordeaux* 1942, p. 330) de considérer que le décret-loi non soumis à

(suite p. 53)

(34) Les actes du Gouvernement, p. 86.

SECTION III. — L'INITIATIVE PARLEMENTAIRE DES LOIS

SOUS-SECTION 1. — L'INITIATIVE LÉGISLATIVE ACTE SOUVERAIN DU PARLEMENT

§ 1. — *Caractère de l'initiative Parlementaire*

Le Parlement exerce son droit d'initiative en matière législative sous la forme de propositions de lois. C'est d'ailleurs dans la mesure où ce droit lui est reconnu qu'on peut affirmer se trouver en présence d'un véritable régime Parlementaire. Nous avons vu (35) que le 1er Empire, la Charte de 1814 et le 2me Empire, conféraient au pouvoir exécutif seul, le droit d'initiative législative : la Charte de 1830, la Constitution de 1875 le reconnaissaient par contre au Parlement (leur régime bicaméraliste en réglementait d'ailleurs l'exercice par les deux Assemblées) concurremment avec le Gouvernement. Seule la constitution de 1791 en faisait un droit exclusif de l'Assemblée. Le texte qui nous régit actuellement est l'article 14 de la Constitution du 27 octobre 1946 qui stipule : « Le président du Conseil des Ministres et les membres du Parlement ont l'initiative des lois ». Il faut noter à ce propos que le droit d'initiative est attribué non seulement à l'Assemblée Nationale, mais aussi au Conseil de la République dont les membres peuvent déposer des propositions de lois sur le bureau de l'Assemblée Nationale. Mais ces propositions ne sont pas recevables si elles ont pour conséquence une diminution de recettes ou une augmentation de dépenses.

Au point de vue strictement juridique, l'initiative peut être rangée dans la catégorie des actes préparatoires insusceptibles en tant que tels, quelle que sot l'autorité qui les a émis, de faire grief. Mais nous traitons ici de l'hypothèse dans laquelle le Parlement refuse de prendre en considération une proposition de loi, où certains parlementaires, contrairement à leur programme électoral, refusent ou négligent de présenter des propositions de lois destinées à donner satisfaction à leurs électeurs.

---

ratification reste un décret, mais illégal à l'avenir, susceptible à ce titre de recours pour excès de pouvoir, en raison de l'inobservation d'une condition de forme, à savoir la soumission à ratification.

Jusqu'à une date assez récente, la jurisprudence paraissait ne voir dans l'obligation du gouvernement de soumettre un décret loi à la ratification du Parlement, qu'une obligation de nature politique. Un dépôt tardif ne pouvait donc à ce titre entacher un décret-loi d'illégalité (*C. E.* 23 mai 1936 Francis D.H. 1936-364), non plus que la non présentation à ratification (*C. E.* 27 juin 1924, Chambre Syndicale des Patrons confiseurs et Pâtissiers des Alpes-Maritimes D.H. 1924-543 Req. 13 février 1939 D.H. 1939-195, Crim. 11 mars 1941 Gorodiche DA 1941, J. 246) : la force obligatoire du décret-loi demeure nonobstant le défaut de dépôt devant les Chambres.

L'arrêt Josué (*C. E.* 27 avril 1945, *S.* 1945-3-58 concl. Donnedieu de Vabres) paraît marquer une orientation nouvelle de la jurisprudence. Il décide en effet qu'un décret-loi ne saurait être frappé de caducité pour n'avoir pas été soumis en temps voulu à la ratification du Parlement, mais uniquement en raison d'un cas de force majeure, du aux circonstances de guerre et à la suspension des Assemblées par le Gouvernement de Vichy. L'arrêt dispose que les Chambres n'ayant siégé « qu'une session ordinaire de deux jours dans des conditions telles que le dépôt de cet acte sur leurs bureaux était impossible », le sieur Josué n'était pas dès lors « fondé de se prévaloir de ce qu'à la date où a été pris l'arrêté lui concédant sa pension, la ratification du

(suite p. 54)

(35) Cf. *supra*, p. 46 et 47.

Or, ceux-ci se trouvent absolument démunis de toute voie de recours. Le Parlement et ses membres sont libres de repousser ou de ne pas déposer les propositions de lois.

Aucun juge n'est habilité à contrôler pareille procédure (36). Le pouvoir du Parlement est discrétionnaire parce que souverain. En est-il ainsi parce que l'initiative constitue une participation au pouvoir législatif, une étape de l'élaboration de la loi, acte souverain, qu'il est interdit au juge de contrôler (37) ?

La question du contrôle de la loi par le juge, non seulement « au fond » mais quant « à la forme » n'a pas lieu de se poser lorsqu'il existe un Parlement. Il en est autrement lorsqu'il y a confusion des fonctions législatives et exécutives au profit du Pouvoir exécutif. Il s'agit alors de déterminer ce qui est décret et ce qui est loi : cette situation s'est présentée en France avec les décrets législatifs du 1er Empire, du Gouvernement provisoire de 1848, du Gouvernement du Prince-Président durant la période allant du 2 décembre 1851 au 29 mars 1852, du Gouvernement de la Défense Nationale, du Gouvernement de Vichy et du Gouvernement provisoire de la République Française jusqu'au jour de la réunion de la première Assemblée Nationale Constituante. Une foi défini le critère permettant de distinguer les décrets ou ordonnances ayant valeur législative, des actes simplement administratifs, le juge s'est toujours opposé à contrôler ces décrets-législatifs en tant qu'ils avaient valeur législative (38). Le problème est d'importance si l'on songe que ces textes ont souvent modifié de véritables lois.

---

décret sus visé n'était pas intervenue, pour soutenir que ce texte réglementaire était devenu caduc ».

On peut donc soutenir (en ce sens Gervais *R.D.P.* 1946-512) que si le dépôt possible n'a pas été effectué, le décret-loi est caduc, plus précisément sans effet pour l'avenir.

Cette jurisprudence nous apparaît contestable. Car comment peut-on prétendre qu'un décret-loi non déposé pour ratification est caduc lorsque la loi d'habilitation n'impose aucun délai au Gouvernement ? En outre quelle serait l'utilité de la ratification ? Soumettre un décret-loi à ratification ressemble fort à déposer un simple projet de loi (la différence essentielle consistant en ceci que le décret loi entre en vigueur dès sa publication). Dans les deux cas il s'agit d'apprécier les rapports du Gouvernement et du Parlement.

Remarquons pour terminer que les recours des administrés n'avaient pas pour but d'obliger le Gouvernement à déposer un décret-loi devant les Chambres, mais simplement de faire sanctionner son abstention par la caducité du décret-loi. En tout état de cause, malgré les variations de la jurisprudence, on est obligé de constater qu'elle n'a prononcé la caducité d'un décret-loi dans aucune hypothèse.

---

(36) C'est ainsi que le Conseil d'Etat se contente simplement de constater que les droits du requérant sont inexistants car ils auraient du être consacrés par une loi en exécution d'une loi antérieure qui la provoquait, loi dont le Conseil d'Etat signale seulement l'absence, sans insister davantage « la mesure que le législateur s'était ainsi réservé le droit de prendre » n'étant pas intervenu jusqu'ici. *C. E.* 29 avril 1921 Sté Premier S. 1923-3 41.

(37) *C. E.* 7 décembre 1894 Cie Générale Algérienne 661, concl. Arrivière : « Vous êtes en présence d'une loi... d'un acte de souveraineté... Le juge qu'il soit administratif ou judiciaire, ne peut connaître de ces actes de souveraineté ».

(38) Crim. 24 mai 1848. S. 1848-1-680. T. C. arrêt Pelletier D. 1874.3.5 qui reconnaît force de loi au décret du 19 septembre 1870 qui avait abrogé l'art. 75 de la Constitution de l'an VIII. *C. E.* 22 mars 1944 Vincent S. 1945.3 45 concl. Detton et n. Charlier *R.D.P.* 1946, p. 510 - *C. E.* 22 février 1946. Botton S. 1946-3 56 n. P.H. (sur le problème du contrôle de la qualification de l'acte).

L'article 13 de la Constitution du 27 octobre 1946 stipule que l'Assemblée vote seule la loi. Permettre au juge de contrôler la loi, donc le vote du Parlement, serait enfreindre le principe de la séparation des pouvoirs, principe qui reste valable, même si la fonction législative est exercée par l'autorité exécutive. Mais il est cependant arbitraire d'assimiler la proposition de la loi à la loi : les projets de loi ainsi que nous l'avons vu, n'ont pas la nature législative. L'analogie n'est pourtant pas parfaite car les propositions et les projets émanent d'autorités différentes. Les projets sont actes de Gouvernement parce que actes du Gouvernement. Les propositions sont aussi des actes insusceptibles de recours contentieux, non parce qu'elles participent à la confection des lois, mais parce qu'elles émanent de l'autorité parlementaire dont les actes sont soustraits au contrôle du juge... Les propositions de lois échappent à la compétence du juge parce qu'elles sont des actes du Parlement qui n'est pas une autorité administrative et, à ce titre, n'est justiciable d'aucune juridiction.

Il est certain que tous les actes du Parlement ne sont pas des lois. Mais quel que soit le but de l'acte parlementaire, il n'en échappe pas moins au contrôle juridictionnel, pour la seule raison qu'il est un acte parlementaire. La jurisprudence a eu à se prononcer sur ce problème et a toujours estimé que le juge était incompétent en la matière (39).

§ 2. — *Fondement de la souveraineté parlementaire en matière d'initiative législative*

Le refus d'initiative parlementaire est insusceptible de contrôle juridictionnel, non seulement parce qu'il s'agit d'un acte parlementaire, mas surtout parce qu'il s'agit comme tel, d'un acte de souveraineté. Ceci revient à dire qu'aucune obligation ne s'impose aux Parlementaires de déposer une proposition de loi et au Parlement de la voter.

Certes, il est vrai qu'à l'heure actuelle, la responsabilité de l'Etat peut être engagée pour les actes de sa fonction législative (40). Mais encore faut-il signaler qu'il ne s'agit pas là d'une responsabilité pour faute, c'est-à-dire pour manquement à une

---

(39) *C. E.* 15 novembre 1872 de Carrey de Bellemare. 3 janvier 1873 Loizille : irrecevabilité du recours pour excès de pouvoir contre une décision d'une Commission de l'Assemblée Nationale. Cass. 30 janvier 1882 : irrecevabilité d'une demande en paiement d'une indemnité parlementaire à la suite d'une mesure disciplinaire prise à l'encontre d'un député en vertu du règlement de la Chambre. La Cour de Cassation précise qu'elle ne peut connaître du règlement de la Chambre qui fait partie des pouvoirs constitués dans lesquels réside la souveraineté. *C. E.* 17 novembre 1882 refus d'examiner la requête d'un journaliste à qui le Président de la Chambre des Députés avait refusé l'accès de la Tribune de la presse.

On trouvera une analyse complète de ces décisions dans : Labbé « De l'acte législatif ». *Thèse Paris* 1889, p. 68-69. Cf. aussi Crim. 22 octobre 1903 Rouaux *R.D.P.* 1909-111 : les Chambres étant souveraines peuvent modifier la procédure de leurs délibérations. Sur une évolution possible de la jurisprudence, tout au moins en ce qui concerne les actes de la questure des Assemblées, v. Duez : « La responsabilité de la puissance publique », édit. 1938, p. 199.

(40) *C. R.* 14 janvier 1938 Soc. Produits laitiers La Fleurette *R.D.P.* 1938 n. Jèze, p. 87. *D.* 1938-3-41 n. Rolland S. 1938-3-25 n. P.L. *C.E.* 21 janvier 1944 Caucheteux et Desmont, 22 octobre 1943 Sté Lacaussade S. 1945-3-13 n. M.A.B. *C. E.* 23 novembre 1945 Rougier 241.

obligation préexistante, mais fondée sur la notion de risque créé, d'atteinte au principe de l'égalité de tous devant les charges publiques. Le droit a indemnité ne naît que lorsque le législateur crée une charge « qui doit être supportée par la collectivité. »

Or, en notre matière, on ne peut parler ni d'atteinte à l'égalité, ni de risque créé, puisqu'on ne se trouve pas en présence d'une mesure positive et que l'égalité n'existe qu'en fonction de la règle de droit qui est nécessairement inexistante puisque le législateur s'est refusé à l'édicter ou ne l'a pas encore édictée.

On ne peut parler non plus d'un manquement à une obligation préexistante. Celle-ci ne pourrait en effet résulter que d'une règle supérieure, constitutionnelle, imposant au Parlement d'édicter certaines règles de droit. A supposer que cette règle supérieure possède cette force obligatoire, il n'est pas dans notre droit de contrôle juridictionnel de la constitutionnalité (41).

Cette règle supérieure existe-t-elle cependant ? Peut-elle limiter, lier la compétence du Parlement à la manière dont la loi limite et lie celle de l'Administration ?

Duguit estime que « le pouvoir politique, quelle que soit sa forme, n'est jamais légitime par son origine » et qu'il ne peut « devenir légitime que par son exercice » (42). Cette légitimité, il ne l'acquiert que par sa soumission à la « règle de droit », c'est-à-dire à la condition de ne rien faire contre elle et c'est ce qui nous intéresse, de faire tout ce qu'elle ordonne. Spécialement le pouvoir politique ne doit rien faire de contraire à la solidarité sociale qui constitue, aux yeux de Duguit, la règle de droit supérieur, mais coopérer dans la mesure de sa force à cette solidarité sociale. Il n'entre pas dans notre propos de discuter la théorie de Duguit, relative à la solidarité sociale : nous nous contenterons d'exposer quelles sont les obligations positives que cette règle met à la charge du pouvoir politique, obligations qui sont pour Duguit aussi juridiques et aussi rigoureuses que les obligations négatives (43).

Après avoir constaté que les diverses Constitutions et Déclarations de Droit n'avaient à peu près jamais tracé au législateur ses devoirs positifs, Duguit décide cependant que « l'Etat est juridiquement obligé de faire tout ce qui est en son pouvoir pour assurer la réalisation de la règle de droit, telle qu'elle est comprise dans un pays et à une époque déterminée » (44).

C'est-à-dire que l'Etat doit :

— coopérer à la solidarité par similitude : assurer la sécurité de tous et la salubrité publique, réprimer toute atteinte aux besoins communs et assurer à tous les moyens d'obtenir la satisfaction des besoins communs — travail, assistance — assurer le libre développement des activités physiques, intellectuelles et morales (enseignement).

— coopérer à la solidarité par division du travail : « l'Etat est tenu de maintenir la forme sociale en laquelle sont groupés les individus qui sont subordonnés à sa puissance naturelle » (45).

---

(41) *C. E.* 6 novembre 1936 Arrighi dameCoudert. *S.* 1937-3-33 concl. Latournerie n. Mestre-D. 1938-3-1 n. Eisenman. V. cependant Hauriou : *Précis de droit Constitutionnel* 2me éd., p. 279 à 293.

(42) L'Etat, le Droit et la loi positive, p. 255-256.

(43) *Op. cit.*, p. 265.

(44) *Op. cit.*, p. 288.

(45) *Op. cit.*, p. 299.

Duguit reconnait bien que ces devoirs de l'Etat ne sont assujettis d'aucune sanction. Mais pour lui, la notion de droit est étrangère à celle de contrainte, et de l'absence de celle-ci on ne saurait inférer l'inexistence de la règle de droit. C'est bien au contraire une loi positive établissant une contrainte, mais allant à l'encontre de la règle de droit, qui ne serait plus juridiquement valable.

Cette conception du doyen Duguit, discutable quant à ses possibilités d'application pratique ainsi que nous le verrons plus loin, a tout au moins un mérite incontestable. Celui de porter l'accent sur les effets du contrôle de la constitutionnalité relativement aux obligations positives du pouvoir politique. Car les partisans du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité ont à peu près toujours envisagé ce problème sous l'angle des limites à apporter à l'action du pouvoir, c'est-à-dire sous celui des obligations de ne pas faire, et non sous celui des obligations de faire (46).

L'explication de cette attitude est très simple. Consciemment ou non, l'ensemble de la doctrine juridique classique est sous l'influence des théories politiques individualistes du XVIII^me^ siècle, et plus précisément de la Révolution Française.

Les discussions au sein des assemblées révolutionnaires relatives aux diverses constitutions et déclarations des droits, sont, à cet égard, symptomatiques. Lors de la séance du 9 août 1791, Rabaud Saint-Etienne proposa d'adopter en ce qui concernait le service d'assistance, la formule suivante : « La Nation regarde comme une dette de créer et organiser l'assistance... ». L'Assemblée repoussa ce texte et le Titre 1 § 7 et 8 de la constitution de 1791, se contente de prévoir l'organisation de pareils services sans en faire une obligation de l'Etat. La Constitution montagnarde, par contre, mettait à la charge de l'Etat, dans sa déclaration des Droits, l'obligation de pourvoir à l'assistance et à l'instruction des citoyens. Mais cette constitution ne fut jamais appliquée. Il fallut attendre la Révolution de 1848 pour voir certains constituants revenir à la charge : par le décret du 15 février 1848, le Gouvernement provisoire s'engageait « à garantir l'existence de l'ouvrier par le travail..: à garantir du travail à tous les citoyens ». Mais le projet constitutionnel ne contenait même plus cette disposition, et un amendement de Mathieu (de la Drôme) : « La République... reconnaît le droit de tous les citoyens, à l'instruction, à l'assistance », fut repoussé et remplacé par ce texte : « La République doit protéger le citoyen dans sa personne, sa famille, sa religion, sa propriété, son travail, et mettre à la portée de chacun l'instruction indispensable à tous les hommes ; elle doit, par une assistance fraternelle, assurer l'existence des citoyens nécessiteux, soit en leur procurant du travail dans la limite de ses ressources, soit en donnant à défaut de la famille, des secours à ceux qui sont hors d'état de travailler ». Il n'est rien de mieux qu'un texte long pour aboutir à l'imprécision et pour éluder les obligations.

Mais, depuis cents ans, l'individualisme a subi l'assaut des divers socialismes. De gendarme, l'Etat doit devenir pourvoyeur de biens, de sécurité, de moralité, de santé, d'instruction. Par ailleurs, les démocraties classiques de type libéral, se voient reprocher leur inefficience. Et c'est là où gît la contradiction interne

---

(46) V. tout spécialement sur ce point, Hauriou : *Précis de Droit constitutionnel*, 2^me^ édit., p. 282 et s.

du socialisme français, qui tend à charger l'Etat d'un très grand nombre d'activités et qui, en même temps, veut respecter les libertés individuelles. Aussi lorsqu'il fut question de doter la France d'une nouvelle Constitution en 1946, il parut indispensable de faire une Déclaration des droits des individus qui ne serait plus une sorte de catéchisme des abstentions de l'Etat, mais qui serait en même temps une déclaration des obligations de faire de l'Etat donnant « à l'individu un titre de créance, un pouvoir d'exiger des prestations positives » (47).

Ainsi que le dit excellemment M. Rivero (48) : « A l'homme de la déclaration de 1789, féodal retranché dans ses droits, s'oppose... un type contraire, l'usager, celui qui demande aux services publics, les moyens de son développement... » A cela correspond l'opinion de M. Charlier (49) qui, après avoir relevé que les Déclarations des droits avaient été, jusqu'à présent, surtout sensibles aux atteintes à la liberté que la puissance publique pouvait perpétrer, déclare : « La liberté que chacun revendique est concrète et positive. Elle consiste à obtenir par son action, la satisfaction de ses diverses aspirations. Elle n'est plus seulement une qualité, elle est un contenu... Pour que la liberté ne soit pas illusoire, il faut donc que, d'une manière et à un degré variables, selon la sorte de liberté dont il s'agit, et les circonstances, la puissance politique, loin de s'abstenir, intervienne pour préserver les uns des emprises des autres, et pour remédier à la faiblesse naturelle des individus et à l'affaiblissement supplémentaire que leur infligent leurs divergences, par une discipline collective, leur assurant l'efficacité, condition de la liberté réelle » (50).

Ce mouvement des idées juridiques apparaît cependant assez méconnu à une époque où tout le monde se recommande peu ou prou du socialisme, auquel sont joints, il est vrai, des qualificatifs divers : marxiste, léniniste, humaniste, national, qui contribuent peu à répandre la clarté dans les esprits. Et les querelles relatives à l'interventionnisme, au dirigisme, au collectivisme, consistent beaucoup plus à décider, si l'Etat s'emparera ou non de certains biens et entreprises du « secteur privé » qu'à reconnaître aux individus un droit de créance sur cette gestion nouvelle. Les débats aux deux assemlbées constituantes de 1945-46 et les textes constitutionnels qui s'en suivirent, sont, à cet égard, particulièrement significatifs.

La Déclaration des Droits qui précédait le projet constitutionnel du 19 avril 1946 stipulait en effet préliminairement : « Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine et viennent d'ensanglanter le monde entier, le peuple français, fidèle aux principes de 1789 — charte de sa libération — proclame à nouveau que tout être humain possède des droits inaliénables et

---

(47) Rivero : *Les incertitudes de la Constitution d'Avril « Etudes »*, juin 1946, p. 356.

(48) *Op. cit.*, p. 361.

(49) Charlier : *Les fins du droit public moderne*, R.D.P. 1947, p. 148.

(50) Cf. *Cahiers Politiques* août-septembre 1945, p. 1 et s. : dans les « thèses pour servir à une discussion sur la future Constitution », publiées par M. A. Philip, il est dit que la nouvelle déclaration des Droits doit avoir valeur constitutionnelle et être respectée par les organes directeurs de l'Etat, exécutif et législatif.

sacrés auxquels nulle loi ne saurait porter atteinte, et décide comme en 1793, 1795 et 1848, de les inscrire en tête de sa constitution ».

Ce rappel de 1789 est aussi un rappel de l'individualisme qui présidait à la Déclaration des Droits révolutionnaires : c'est ce que confirme la phrase sur les droits inaliénables auxquels la loi ne saurait porter atteinte. Ce n'est pas une impulsion qui est ainsi apportée à l'Etat, mais une limitation.

Toutefois, la suite de ce préambule peut donner à penser que nos constituants n'ont pas songé qu'à garantir la liberté. En effet, ils décident que « La République garantit à tous les hommes et à toutes les femmes vivant dans l'Union Française, l'exercice individuel ou collectif des libertés et droits ci-après ». La distinction semble ainsi faite entre les libertés imposant au Pouvoir une obligation de ne pas faire et les droits lui imposant une obligation de faire. Mais quels sont ces droits ?

L'article 9 prévoit que le juge doit statuer dans les quarante-huit heures sur le maintien en détention, et confirmer mensuellement la détention par décision motivée. Il s'agit ici incontestablement d'une obligation de faire à la charge du juge et non du législateur. Mais nous allons voir que c'est une des rares.

L'article 11 reconnaît à tous le droit de se faire rendre justice quelles que soient les ressources de chacun. Mais d'après ces termes mêmes, c'est « la loi » qui « assure à tous... », ce n'est donc pas la Constitution, mais le législateur qui règlemente ce droit. Rien dans le texte ne permet de dire qu'il en est fait à ce dernier un obligation.

La même remarque doit être faite à propos de l'article 22 relatif aux droits économiques et sociaux, qui décide, sans insister davantage, que c'est la loi qui les organise. Jamais la rédaction des textes ne permet d'inférer que le législateur est sous le coup d'une obligation de faire : dans l'article 23, il est simplement stipulé que la Nation « assure » la « protection » de la santé, dans l'article 24, qu'elle « garantie » et « assure » le développement et la protection de la famille, de la mère des enfants et de la femme.

On retrouve la même indétermination conceptuelle et terminologique dans les articles suivants :

L'article 25 selon lequel l'enseignement gratuit est un devoir de l'Etat — mais un devoir de l'Etat envers qui ? Envers lui-même ou envers les citoyens ? Le texte est muet à ce sujet.

L'article 26 qui reconnaît à chacun le droit d'obtenir un emploi. De qui ? de l'Etat, ou des simples particuliers ?

L'article 29 qui stipule que chacun a droit au repos et au loisir. De qui peut-on exiger la mise en œuvre du repos et des loisirs ? Etat ou individus ?

Enfin, le droit à l'assistance est prévu par l'article 33 qui s'empresse de renvoyer à l'organisation de la sécurité sociale, sans dire, bien entendu, qu'il est obligatoire pour le législateur d'organiser celle-ci.

Cette déclaration dont le style et les intentions sont confus, n'apporte en ce qui concerne le problème des obligations de faire constitutionnelles aucun élément nouveau. La plupart des droits que nous venons d'énumérer n'étaient déjà plus discutés : seule leur mise en œuvre pouvait laisser à désirer et nécessitait des précisions. Celles-ci, la Déclaration des Droits ne les a pas fournies,

un « raisonnable » pas très rationnel paraissant l'emporter sur un « neuf » qui ne l'était guère.

A cette Déclaration qui subit le sort de la Constitution qu'elle préfaçait, a succédé, adjoint à la Constitution du 27 octobre 1946, un simple préambule, moins ambitieux, mais ni mieux rédigé, ni plus précis.

Il réaffirme les droits et les libertés consacrés par la déclaration de 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, ce qui peut paraître constituer une tim de réaction, désireuse de rester dans le vague (quels sont en effet ces principaux fondamentaux ?) (51) par rapport à l'ex-déclaration d'avril 1946. Mais surtout il se contente de proclamer, pêle-mêle, une série de « principes » politiques, économiques et sociaux, auxquels il ne donne ni forme juridique, ni force obligatoire. Il y a là une sorte de résumé ou de condensé de la Déclaraton d'avril, qui ne répond aucunement à cette question : les individus peuvent-ils exiger du législateur qu'il crée, ou organise l'assistance, la protection de la famille, de la santé, le droit au travail et au repos, l'enseignement, la collectivisation des biens ou entreprises dont l'exploitation a pu acquérir le caractère d'un service public national ?

Il n'y a plus lieu de s'étonner d'un tel résultat lorsqu'on lit les débats des deux Assemblées Constituantes qui précédèrent le votre du Projet d'avril 1946 et de la Constitution d'octobre 1946.

Nous avons vu, en effet, qu'il y avait au moins dans la déclaration d'avril 1946, un texte établissant une obligation de faire — non pas tant à l'égard du législateur, il est vrai qu'à celui du juge — en matière de détention préventive. Or, un amendement de M. Frédéric Dupont visant à l'introduire dans le préambule, fut repoussé (52). Par ailleurs, un amendement de M. Valentino tendant à ajouter à la formule du Préambule. « Il proclame, en outre, comme particulièrement nécessaire à notre temps, les principes politiques, économiques et sociaux ci-après » la phrase : « et que devront respecter les lois positives » fut abandonné par son auteur (53). Les débats relatifs à l'enseignement furen uniquement l'occasion pour les uns de défendre la liberté de l'enseignement, pour les autres de réclamer (sous une forme voilée), le monopole de l'enseignement. En aucune manière nos Constituants ne cherchèrent à charger pour l'avenir le législateur d'aucune obligation constitutionnelle de faire. Il s'agit beaucoup moins, pour eux, de procéder à une construction synthétique, établissant les fondements de la société, que d'aboutir à « un compromis gouvernemental » rendu urgent (du moins l'affirmèrent-ils) par les nécessités de la politique intérieure et extérieure, en même temps que pour masquer le désaccord des partis du gouvernemnt (ce que l'on essayait de cacher au public).

Il ne faut pas croire cependant que le verbalisme de la Déclaration, puis du Préambule, ait totalement échappé à nos Consti-

---

(51) V. pour une critique de l'insertion de ce terme dans le Préambule : Pelloux : « *Le préambule de la Constitution du 27 octobre* 1946 », R.D.P. 1947, p. 368.

(52) Assemblée Constituante. Séance du 28 août 1946. *J.O.* Débats parlementaires, p. 3.366 et s.

(53) Assemblée Nationale Constituante. *J. O.* Débats parlementaires 1946, p. 3365, col. 1, in fine.

tuants, A M. Zaksas, rapporteur du premier projet constitutionnel, qui affirmait qu'il consacrait la « reconnaissance des doits... mettant la société au service de la personne humaine » (51), M. Pascal Copeau fit observer, avec beaucoup de pertinenec, que ces droits économiques et sociaux « resteraient lettre morte s'ils n'étaient suivis d'une législation adequate » et qu'une Déclaration des Droits n'était vraiment efficace qu'à la condition « de prévoir... pour le législateur de demain, une obligation constitutionnelle... » (55). C'était, en effet, ainsi bien poser le problème. Nous savons comment la Déclaration des Droits l'avait résolu en ne le posant pas. Et le Préambule de la Constitution de la IVme République, qui ne faisait pas mieux, en un peu moins long, s'attira, lors des débats, le même genre de critiques. M. Bardoux fit savoir qu'il ne faisait pas corps avec la Constitution, qu'à ce titre, il n'avait pas force de loi et que « à ses prescriptions, purement verbales et platoniques, nul n'est tenu de se conformer, ni le simple citoyen, ni les pouvoirs publics, ni la Constituante elle-même, désormais libre de contredire dans la construction de l'édifice, les principes respectueusement salués sur le seuil » (56).

Les juristes, dont le travail consiste à apprécier l'œuvre législative des politiciens (il y avait cependant beaucoup de juristes dans les deux Assemblées Constituantes), l'ont fait une fois encore avec assez de sévérité, mais une sévérité mêlée d'indifférence. Car les juristes cherchent, en dernière analyse, à contempler certains problèmes « sub specie æternitatis » et que pouvaient-ils dire en face d'une œuvre essentiellement contingente, parce que dominée par les besoins et les appétits de l'actualité ? Aussi, M. Charlier (57) constata-t-il l'inadéquation du droit aux fins qu'il se propose, l'incapacité du législateur à promouvoir des réformes sans lesquelles une déclaration des droits demeure un simple alibi verbal. Et comme pourrait-il en être autrement, ajouterons-nous, en matière d'obligation constitutionnelle de faire, quand on constate le vide ou le vague du contenu des diverses prescriptions du Préambule ?

Car il ne suffit pas de dire qu'une Déclaration des Droits n'est qu'une duperie si elle n'est pas assortie d'"un contrôle de la constitutionnalité (58). Le Commissaire du Gouvernement Latournerie avait aperçu le problème dans toute son ampleur, lorsquil écrivait : « Pratiquement d'ailleurs quel serait l'avantage qu'on pourrait attendre d'un tel contrôle ? Il faudrait, pour qu'il y en eut un, que la loi supérieure eut un contenu substantiel à l'égard des droits individuels. Or, si l'on écarte les déclarations de droits — et c'est ce qui doit être fait, semble-t-il — il ne reste guère, dans nos textes constitutionnels, que des prescriptions de procédure, sans intérêt contentieux pour les particuliers » (59). Mais est-il

---

(54) Assemblée Nationale Constituante. *J. O.* Débats parlementaires 1946, p. 606.

(55) Assemblée Nationale Constituante. *J. O.* Débats parlementaires 1946, p. 611.

(56) Assemblée Nationale Constituante. Séance du 28 août 1946. *J. O.* Débats parlementaires p. 3.362. Cf. intervention Bétolaud eod loc. p. 3.375, col. 3.

(57) *Op. cit.*, p. 128 et s.

(58) Berlia. Le projet de constitution française du 19 avril 1946. *R.D.P.* 1946, p. 234.

(59) *S.* 1937.3-36, § 4, III.

exact d'affirmer que les déclarations de droit n'ont pas, en tant que telles, valeur juridique ? Ou bien n'est-il pas sûr de dire quelles ont valeur juridique pour autant que leurs dispositions sont formulées juridiquement ? (60).

Si l'on affirme que les Déclarations des Droits établissant les normes supérieures du droit, il faut admettre que les règles concernant les rapports des pouvoirs publics (lois constitutionnelles) et celles qui sont édictées par les organes constitués (lois et règlements) leur sont dans l'ordre, hiérarchiquement subordonnées. De telle sorte que l'on puisse dire que le Parlement, constitué constituen vertu de ces principes de prendre certaines mesures dans la tionnellement selon les principes de la Déclaration, peut être obligé en vertu de ces principes de prendre certaines mesures dans la forme que lui impose la constitution organique, c'est-à-dire sous forme de loi.

Duguit déclarait qu'une Assemblée Constituante, réunie selon la procédure de l'article 8 de la loi du 25 février 1875, ne pourrait juridiquement rien faire contre les principes établis par la Déclaration des droits de 1789. Mais il ne disait pas qu'elle devrait faire ce qu'ordonnait cette Déclaration qui n'ordonnait rien. Le Parlement, en tant que pouvoir constituant, est souverain par rapport aux Déclarations de droits qu'il n'a pas édictées. Admettre le contraire serait admettre la possibilité de lier le législateur constituant pour l'avenir, alors que les principes fondamentaux sont vagues et sujets à variations, lorsqu'ils veulent être précis. Mais ne pourrait-on pas dire, par contre, que le Pouvoir Constituant est lié par sa propre Déclaration des Droits ? Ce serait une application de la théorie de l'auto-limitation. Or, il est de jurisprudence constante que la violation par une Assemblée quelconque de son règlement intérieur, ne constitue pas une illégalité (61) ; la violation de sa propre Déclaration des Droits n'est pas autre chose que la violation de la règle de conduite que le pouvoir constituant s'est tracé.

Il est donc permis d'affirmer qu'une Déclaration des Droits n'a aucune force contraignante à l'égard du pouvoir constituant :

— cela est d'abord évident, si cette déclaration est l'œuvre d'un pouvoir constituant antérieur qui ne saurait lier ses successeurs (62),

— et il en est de même si elle est l'œuvre du pouvoir constituant qui, en même temps, établit les règles de la constitution organique, étant donné que le principe « legem patere quam fecisti » est dénué de force juridique.

Mais ceci vaut-il aussi, pour le législateur qui légifère dans le cadre, suivant les procédures et en vue des buts (s'ils ont été précisés), voulus par la Constitution (Déclaration et Constitution organique) ?

---

(60) Sur ces points cf. : Duguit : Traité de Droit Constitutionnel, 3me édit. T. 3, p. 599 — Jèze : Valeur juridique des Déclarations des Droits *R.D.* P. 1913-685 — Duez : De l'interdépendance des autorités législatives et des autorités réglementaires dans la fixation des règles du droit. *Th. Lille* 1914, p. 115. — Dancy : Le principe d'égalité. *Th. Bordeaux* 1927. — Morange : Valeur juridique des principes contenus dans les Déclarations des Droits. *R.D. P.* 1945, p. 229.

(61) *C. E.*, 26 mars 1926. Boulonnais, 10 avril 1930, Martin 433.

(62) Il est d'ailleurs plaisant de remarquer que le solidariste Duguit voulait donner force obligatoire à la Déclaration individualiste de 1789.

Esmein déniait aussi à ce titre toute force juridique aux Principes fondamentaux (63). Les Déclarations sont simplement une énumération de principes « philosophiques ». N'ont valeur juridique que les garanties des droits, mais uniquement dans la mesure où elles ont été reprises en des textes spéciaux précisant les droits individuels aux citoyens.

Carré de Malberg (64) et Hauriou (65) estiment aussi qu'il n'y a dans les Déclarations des Droits que l'énoncé des « principes philosophiques », imprécis ou discutables, en tout cas sujets à variation.

Mais M. Morange (66) pense, au contraire, qu'il est certain que les rédacteurs des Déclarations de Droits ont entendu imposer des obligations au législateur (67). On peut reconnaître l'existence de cette intention, c'est autre chose que de dire qu'elle correspond à une réalité. De plus, la Déclaration de 1789, étant sans portée actuelle, le problème n'a plus qu'un intérêt historique. Et ce que nous avons précédemment dit des travaux parlementaires relatifs au Préambule de 1946, nous a suffisamment éclairé sur le scepticisme et l'indifférence des constituants.

Cependant, M. Morange estime que, même si une Constitution n'apporte aucune précision à une Déclaration des Droits, celle-ci conserve une portée pratique, dans la mesure où elle n'établit pas que des principes généraux. A cet effet, il cite l'article 8 de la Déclaration de 1789, relatif à la légalité des peines et à la non rétroactivité des lois établissant des infractions, l'article 17 concernant l'indemnité préalable à l'expropriation.

L'histoire contemporaine montre que ces principes ont été bafoués et M. Morange est obligé de constater que les principes fondamentaux ne lient pas le législateur et ne s'imposent qu'au respect des autorités administratives, non à titre de principes constitutionnels d'ailleurs, mais de simple règle législative (68). Mais M. Morange constate le fait sans l'expliquer. Pourquoi, en droit français les Déclarations de droit qui sont sans force contraignante à l'égard du pouvoir constituant, le sont aussi à l'égard du Législateur ?

Tout simplement, parce que ces deux pouvoirs sont exercés par la même autorité, sous des formes différentes, il est vrai, mais qui n'en changent pas la nature. Une Assemblée Constituante a toujours été en même temps législative, et une Assemblée législative peut décider, grâce à une procédure particulière, qu'il y a lieu de reviser la Constitution. Il n'y a, entre les factions législatives et constituantes, que des différences procédurales. On pourrait, à la rigueur, imaginer une Constituante imposant à une législative de prendre telle mesure déterminée. Mais, outre qu'il n'y aurait là qu'une obligation accidentelle de portée et de durée limitées — et laissant le citoyen-créancier démuni de pouvoir — il serait tout

---

(63) *Elémens de Droit Constitutionnel*, 8me édii. T. 1, p. 591.

(64) *Contribution à la théorie générale de l'Etat.* T. 2, p. 580.

(65) *Précis du Droit Constitutionnel*, 2me édit. p. 631.

(66) *Op. cit.*, p. 240.

(67) En ce sens Gidel : *Cours de Droit Constitutionnel comparé*, 1934-1935, p. 135-150.

(68) Cf. Chenot *R.D.P.* 1944-166 : Laferrière : *Manuel de Droit Constitutionnel*, 1943, p. 329.

aussi simple, pour la Constituante, de prendre la mesure elle-même.

Les pouvoirs Législatif et Constituant sont, en France, exercés par la même autorité, ce qui explique que « l'évolution du droit public français a donné naissance à deux principes fondamentaux, aussi certains que contradictoires. D'un côté, les divers constituants qui se sont succédés depuis 1789 ont toujours cru à la nécessité et à la suprématie d'une constitution organisant en maître la vie politique du pays, tandis que de l'autre, les actes du Parlement, organe législatif institué par la Constitution, ont été dotés d'une force juridique irréfragable qui les place sur le même plan hiérarchique que les actes des constituants eux-mêmes (69).

La conséquence de ceci est qu'il n'a jamais existé en France qu'un contrôle politique de la constitutionnalité : soit par un Sénat conservateur (Constitution de l'An VIII, articles 21 et 37 — Constitution du 14 janvier 1852, articles 26, 27 et 29), soit par un Comité Constitutionnel (articles 91, 92, 93, 94, 95 de la Constitution du 27 octobre 1946). On peut le regretter en faisant valoir qu'un juge statuant sur la constitutionnalité d'une loi n'accomplit pas davantage un acte de la fonction législative que le juge de l'acte administratif ne participe à l'exercice de la fonction administrative et que le juge de la régularité d'un contrat ou d'un testament, ne fait lui-même le contrat ou le testament (70).

Mais, si sans résoudre le problème d'un point de vue formaliste ainsi que nous venons de le faire, nous examinons le contenu des diverses Déclarations, et plus précisément celui du Préambule de 1946, nous voyons immédiatement qu'il ne révèle l'existence d'aucune obligation de faire constitutionnelle.

En effet, pour qu'il y ait obligation, il faut qu'il y ait rapport de droit portant sur un objet précis, entre deux personnes, entre un créancier et un débiteur au sens large du terme. Dire, comme Duguit, que l'Etat doit créer et organiser un certain nombre de services, est ne rien dire s'il n'est pas précisé, en même temps, qui peut exiger des créations et organisations. L'Etat en est, peut être le débiteur, mais qui en est le créancier ? Une obligation comporte un sujet de droit actif et un sujet de droit passif : or, si celui-ci est aisément discernable, celui-là l'est beaucoup moins. En effet, en vertu de quel titre un individu peut-il agir ? Il lui faut un intérêt personnel : or, celui-ci, ne provient pas de la nature des choses. On peut demander, par exemple, le bénéfice des lois d'assistance, à condition d'être dans la situation requise par la loi ; mais, précisément, lorsque le service n'est pas créé, comment prouver, n'ayant qu'un droit éventuel et indéterminé, que le législateur doive admettre la requête ?

A cela, on répond que le recours en vertu de la Constitution serait une sorte d'action populaire ouverte à tous les citoyens. Il n'est pas besoin de dire combien cela aboutirait à entraver les délibérations parlementaires, vite submergées sous le flot des demandes individuelles ou collectives. Mais ce serait surtout obliger le Parlement à statuer sur des requêtes imprécises : il est facile de lui rappeler son obligation d'exécuter telle prescription constitutionnelle, mais cela l'est beaucoup moins de prévoir les mesures à

---

(69) Kopelmanas : Le Contrôle de la Constitutionnalité des lois, in Refaites une Constitution, *Edition La Jeune Parque*, p. 271.

(70) En ce sens Eisenman. D. 1938-3.5 col. 2 in fine.

prendre. Les incidences financières, économiques et juridiques de tels projets échappent aux individus. Par ailleurs, leur action, même contrôlée par le juge, peut être inefficace : en vertu du principe de la séparation des pouvoirs, le juge ne pourrait que déclarer inconstitutionnel un refus parlementaire ; sur le plan de l'indemnisation il serait, par ailleurs, impossible au requérant de justifier d'un préjudice personnel. D'ailleurs, l'extrême logique du système aboutirait à l'absurde : voudrait-on aussi permettre au juge de décider que le vote au fond par lequel le Parlement a repoussé une requête est inconstitutionnel, alors que le vote peut s'expliquer par un souci d'opportunité ou par la mauvaise rédaction de la requête ?

La meilleure preuve de ce que nous avançons, nous est donnée par l'imprécision à laquelle on aboutit quand on déclare reconnaître au Préambule de 1946 « une certaine valeur juridique » (71). Ce terme même dénote un « certain » embarras. Car il faut d'abord admettre que les dispositions du Préambule ne peuvent être invoquées à l'appui de la procédure de contrôle de la constitutionnalité, organisée par les articles 91 et suivants de la Constitution (72). M. Pelloux (73) déclare qu'il est « évident » que le Préambule impose des obligations positives au législateur. Ce qui amène simplement à dire que celui-ci « *devrait* voter des lois en conséquence » (l'emploi du conditionnel est significatif) et à reconnaître que, dans le passé, de pareilles obligations n'avaient fait naître que des espoirs, tôt évanouis. Et M. Pelloux, lui-même, détruit, en définitive, sa thèse lorsqu'il préeise que ne peuvent être prises en considérations que les dispositions du Préambule « formulées avec assez de précision juridique »... précision étonnamment absente en matière d'obligation positive (74).

La vie en société exige, en dernière analyse, qu'il y ait une autorité souveraine. Sa forme et son contrôle suivront l'évolution historique. Mais la seule sanction du Pouvoir, c'est la perte du pouvoir, tôt ou tard, s'il ne correspond pas aux exigences de l'opinion. En outre, celle-ci est extrêmement variable et ses caprices ou ses besoins lui font souvent formuler en termes éternels des nécessités contingentes, qui n'apparaissent sous l'effort d'abstraction des constituants, que comme « des dogmes abstraits, des définitions métaphysiques, des axiomes plus ou moins littéraires, c'est-à-dire plus ou moins faux, tantôt vagues et tantôt contradictoires, susceptibles de plusieurs sens et de sens opposés, bon pour une harangue d'apparat, et non pour un usage effectif, simple décor, sorte d'enseigne pompeuse, inutile et pesante qui, guindée sur la devanture de la maison constitutionnelle et secouée tous les jours par des mains violentes ne peut manquer de tomber bientôt sur la tête des passants » (75).

---

(71) Pelloux : « *Le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946* ». R.D.P. 1947, p. 392.

(72) V. *infra*, p. 96

(73) *Op. cit.*, p. 394 et s.

(74) En notre sens : Rivero et Vedel : « Les principes économiques et sociaux. *Collection Droit social* n° 31, p. 20, n° 19.

(75) Taine : Les origines de la France contemporaine ; *La Révolution*, T. 1, p. 274. — Dans le même sens, Pascal Copeau (Assemblée Nationale Constituante. Séance du 28 août 1946. *J. O.* Débats Parlementaires, p. 3362, col 3) qui affirmait qu'une Déclaration des Droits apparaissait de nos jours comme quelque chose de prétentieux.

Il n'y a donc pas, il ne peut pas y avoir en l'état actuel de notre droit, et en tenant compte aussi de l'impréciation des phénonomènes politiques, des obligations de faire constitutionnellement imposées au législateur, soit par les constitutions, soit par les Déclarations des Droits.

Car il y a quelque présomption à s'imaginer que des principes très généraux peuvent régir pour l'éternité les sociétés humaines. Et si l'on ne peut les formuler ainsi généralement, il est alors tout à fait inutile de rédiger une Déclaration des Droits. La formulation générale exclut la précision juridique qui, elle, exclut les Déclarations de principes.

En tout état de cause, il ne s'agit que de la prédominance momentanée d'une morale, d'une politique, justifiée ou nécessitée par des circonstances historiques. Mais, ni l'histoire, ni la politique ne se définissent : elles se font.

Et le Parlement Français a tellement conscience de diriger l'histoire et la politique de la France qu'il n'hésite pas à faire montre de sa souveraineté, non plus à l'encontre de textes imprécis comme les Déclarations des Droits, mais bien à l'encontre de ces textes précis qui constituent les conventions internationales.

En effet, il arrive souvent qu'une loi soit nécessaire pour que le traité puisse produire ses effets surtout s'il y a lieu à ouverture de crédit.

Généralement, le Parlement aura eu connaissance de pareils traités qui, le plus souvent, rentrent dans la catégorie de ceux pour lesquels le Gouvernement doit solliciter du Parlement l'autorisation de ratifier. Dans cette hypothèse, il est impossible au Parlement de prétendre que les représentants du peuple n'ont pas été consultés. Quant aux traités que le Gouvernement ratifie seul, ils sont aussi obligatoires à l'égard de l'organe législatif. Dans les deux cas, le traité établit à la charge de l'Etat l'obligation de prendre les mesures législatives prévues par le traité : on doit reconnaître que le Parlement exerce alors une compétence liée.

Or, les résistances parlementaires ont été très nombreuses. Par le refus de voter la loi destinée à assurer l'exécution du traité, le Parlement a souvent manifesté son animosité à l'égard du Gouvernement, l'a blâmé de n'avoir pas sollicité son approbation antérieurement à la ratification..., alors que le traité en question rentrait dans la catégorie de ceux que le Gouvernement pouvait ratifier seul.

On peut concevoir aussi que le Gouvernement s'entende avec le Parlement de façon à éluder les obligations internationales qu'il a contractées. Mais cette résistance parlementaire n'engage que la responsabilité internationale de l'Etat. Il ne peut y avoir de recours interne contre cette forme de refus d'exécution : non seulement parce qu'il s'agit d'un acte du Parlement, mais surtout d'un acte de portée internationale ; le refus d'exécution d'un traité par l'Administration étant considéré comme un acte de gouvernement, il doit encore plus échapper au contentieux s'il émane de l'organe législatif (76).

---

(76) Sur ces points, v. *infra* Ch. 3, p. 164.

Sous-Section 2. — L'irresponsabilité juridique des membres du Parlement devant leurs electeurs

L'inexistence de toute sanction préventive à l'encontre du Parlement conduit à se demander s'il n'y aurait pas lieu d'exercer des sanctions répressives sur les parlementaires.

Montesquieu, après avoir signalé l'inaptitude du peuple à s'occuper directement des affaires, déclarait qu'il était « admirable pour choisir ceux à qui il doit confier quelque part de son activité ». Ce propos peut laisser sceptiques les électeurs contemporains, après plus d'un siècle de parlementarisme. N'a-t-on pas vu des Assemblées élues sur un programme, non seulement, ne pas l'appliquer mais encode le renier ? Les électeurs de 1936, en France, hissèrent au pouvoir une majorité dite de Front Populaire qui, après avoir amorcé la réalisation de son programme politique, aboutit en 1938, à la validation des accords de Munich et à la répression d'un mouvement de grèves et, en juillet 1940, à l'abandon des pouvoirs aux mains du Maréchal Pétain.

Aussi, a-t-on pensé qu'il serait juste de faire respecter la volonté manifestée par le corps électoral, en lui permettant de révoquer ceux de ses élus infidèles aux promesses faites. Il y a bien la sanction politique de la non-réélection. Mais elle peut être, à longue échéance. Au contraire, la révocation permet la destitution et le remplacement immédiats de l'élu et, en conséquence, la poursuite d'une politique conforme aux vœux de l'électeur.

L'organisation d'une telle sanction, pose deux problèmes : un problème de forme qui a trait à l'aménagement du corps électoral dans ses rapports avec les Assemblées (mode de révocation des élus et, peut être, de l'Assemblée tout entière, car les électeurs peuvent estimer qu'une Assemblée élue antérieurement ne correspond plus à leurs désirs du moment : cela pourrait aller ainsi jusqu'à établir un droit de dissolution populaire) et un problème de fond consistant en l'analyse juridique du lien existant entre les électeurs et les élus. D'une part, il s'agit de savoir si, grâce à la révocation populaire des parlementaires une forme de la démocratie directe peut être introduite dans les institutions. D'autre part, si l'analyse des rapports électeurs-élus, révèle qu'il s'établit entre ceux-ci un mandat selon les articles 2.003 et s. du Code civil qui permet au mandant de révoquer à tout instant le mandataire, la révocation sera alors possible par les électeurs qui n'auront qu'à prouver qu'ils ont donné à leur mandataire, mandat impératif d'accomplir tel ou tel acte sur leur réquisition, ou de se démettre de ses fonctions.

Mais le droit français prohibe et a toujours prohibé la théorie du mandat impératif et, par voie de conséquence, la révocation populaire. La notion du mandat civil n'a été, semble-t-il, admise que sous l'ancien régime, en ce qui concernait les relations des membres des Etats Généraux et de ceux qui les avaient nommés. Mais, lorsqu'en 1789, les Etats Généraux se constituèrent en Assemblée Nationale, il fut décidé qu'il ne serait tenu aucun compte des mandats impératifs. La Loi du 22 décembre 1789, dans ses articles 8 et 11, prohibe formellement le mandat impératif et le procédé de la révocation populaire ; dans ses articles 34 et 35 elle prévoit que le rôle de l'électeur doit se borner simple-

ment à élire. L'article 7 de la Section 3 du Chapitre Ier du Titre 3 de la Constitution du 3 septembre 1791 décide de même. La prohibition du mandat impératif et donc de la révocation populaire, fut reprise par les Chartes de 1814 et de 1830, les Constitutions du 4 novembre 1848 (art. 34-35) du 14 janvier 1852 et du 21 mai 1870.

La IIIme République ne rompit pas la tradition. L'article 13 de la Loi constitutionnelle du 16 juillet 1875, stipule en effet : « Aucun membre de l'une ou l'autre Chambre ne peut être poursuivi ou recherché à l'occasion des opinions ou votes émis par lui dans l'exercice de ses fonctions ». Disposition reprise en ces termes par l'article 41 (§ 1 et 2) de la Loi du 29 juillet 1881, sur la presse : « Ne donneront ouverture à aucune action les discours tenus dans le sein de l'une des deux Chambres, ainsi que les rapports ou toute autre pièce imprimée par l'ordre de l'une des deux Chambres ; ne donnera lieu à aucune action le compte-rendu des séances politiques des deux Chambres, fait de bonne foi dans la presse ».

L'article 21 de la Constitution du 27 octobre 1946, continue la tradition du parlementarisme et décide « qu'aucun membre du Parlement ne peut être poursuivi, recherché, arrêté, détenu au jugé à l'occasion des opinions ou votes émis par lui dans l'exercice de ses fonctions ».

Il est néanmoins arrivé que les électeurs aient jugé bon, lors d'élections législatives ou autres, de manifester sur leurs bulletins de vote, qu'ils entendaient conférer un mandat impératif à l'élu de leur choix. La jurisprudence a donc eu à se prononcer sur la validité de pareils bulletins. Convenait-il de les valider en considérant simplement la clause de mandat impératif comme nulle, ou de les annuler sous prétexte que cette clause constituait une cause déterminante dont la nullité conditionnait celle de l'acte tout entier ? Très sagement, le Parlement, lors des opérations de validation des élections, a toujours décidé que l'élu n'étant en rien juridiquement obligé par un mandat impératif que la loi déclarait nul, la validation ou l'invalidation des élus, ne tiendrait jamais compte de l'existence d'un tel mandat (77).

Les Tribunaux administratifs en ont décidé autrement (78). L'élection du candidat « impérativement mandaté » fut, par eux, considérée comme nulle, les bulletins ainsi rédigés, exprimant un vote conditionnel. Solution critiquable car la prohibition du mandat impératif ne comporte comme sanction que la nullité de celui-ci, et parce qu'on aurait pu aisément distinguer entre vote conditionnel et vote motivé.

Quoiqu'il en soit, de ces diverses interprétations, il est hors de doute que la prohibition du mandat impératif, nul et de nul effet, ne comportant aucune sanction contre l'élu et n'accordant aucune possibilité de sanction à l'électeur, est de droit positif.

Cependant, il ne faut pas croire que le problème n'ait jamais été en discussion. Il y eut, au cours de la IIIme République, des propositions de loi tendant à l'abrogation de l'article 13 et prévoyant, sous des formes diverses la révocation des élus : tantôt la déchéance devait être prononcée par les Chambres « proprio

---

(77) Validation Cluseret. *J. O.* Ch. des Dép. Doc. Parl. 1899. Séance du 4 février, p. 301.

(78) Cf. Brémond : *Revue critique de Législation et de Jurisprudence* 1890, p. 170 et *C. E.*, 31 mai 1889, *R.G.A.*, 1889, p. 322.

motu », où à la requête d'un certain nombre d'électeurs de la circonscription — tantôt par le juge de paix à la demande d'un électeur pour infractions au mandat dont aurait témoigné un acte déposé à la Préfecture. Une proposition HOLTZ (79), sans aller jusqu'à la révocation pure et simple, voulait soumettre l'élu à un référendum, à l'initiative d'un dixième des électeurs inscrits dans sa circonscription, qui saisiraient le Président de la Chambre de leur requête. Mais aucune de ces propositions n'aboutit jamais.

Cependant, l'arrivée au Parlement de formations politiques, non plus organisées en groupes parlementaires, mais en partis, ayant leurs assises à l'extérieur du Parlement, devait donner un regain d'actualité à la théorie du mandat impératif. Le parti socialiste, très tôt, donna son adhésion à cette théorie, mais en la déformant, le député devant répondre de ses actes, non plus devant ses électeurs, mais devant son parti (80).

Cette déformation, nous la retrouvons lors des débats à la commission de la Constitution de la première Assemblée Nationale de 1945-46. Il ne fut d'ailleurs discuté du mandat impératif et de la révocation populaire qu'en commission, car celle-ci repoussa en définitive les deux institutions. Seul, M. FAJON (81) en fit un rapide rappel lors de la discussion du projet constitutionnel d'avril 1946, à l'Assemblée Nationale Constituante. Le parti socialiste, fidèle à ses traditions, avait proposé la révocation des élus par le parti (82), alors que le parti communiste s'en tenait au principe plus classique de la révocation par les électeurs.

Le projet communiste était d'ailleurs le seul logique, le seul dans le sens de la notion de souveraineté populaire. En effet, la prohibition du mandat impératif et de la révocation populaire ne se justifie que dans la mesure où il est affirmé que la Souveraineté réside dans la Nation. Cette conception date, on le sait, de la Révolution de 1789, dont la déclaration des droits (art. 3), disait : « le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la Nation ; nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorté qui n'en émane expressément ». Le principe avait pour effet majeur de considérer que les membres des Assemblées représentaient, non leurs électeurs, mais la Nation tout entière. Les textes que nous avons plus haut rapportés consacrent souvent, de façon formelle, cette conséquence. Leur application particulièrement frappante, nous a été fournie par le cas des députés Alsaciens-Lorrains qui, en 1871, continuèrent à siéger à l'Assemblée Nationale. C'était respecter l'esprit de la circulaire du 8 février 1790, par laquelle l'Assemblée Nationale avait rappelé que : « Les mandats impératifs étant contraires à la notion du Corps Législatif qui est essentiellement délibérant, à la liberté du suffrage dont chacun doit jouir pour l'intérêt général, au caractère de ses membres qui ne sont point les représentants du Département qui les

---

(79) *J. O.* Ch. Dép. sess. extraordinaire 4 novembre 1901, Annexes n° 2711 p. 36.

(80) V. sur ce point *R.D.P.*, 1904, p. 130.

(81) Ass. Nat. Const. Déb. Parl. *J. O.* 1946, p. 1626.

(82) Cf. Chrétien. Les partis et la Constitution, in *Refaites une Constitution*, p. 42, qui propose l'institution à l'instar de la Constitution Tchécoslovaque d'avant-guerre, d'un tribunal spécialement chargé de se prononcer sur l'exclusion d'un député par son parti pour « motif déshonorant », motif constitué entre autre pour exclusion à la suite d'un vote contraire à la discipline du parti.

a envoyés, mais les représentants de la Nation, enfin à la nécessité de la subordination politique des différentes sections de la nation, au corps de la Nation tout entière, aucune Assemblée d'électeurs ne pourra, ni inscrire dans les procès-verbaux de l'élection, ni rédiger séparément aucun mandat impératif, elle ne pourra pas même charger les représentants qu'elle aura nommés, d'aucun cahier ou mandat particulier » (83). C'est ce qui faisait très justement dire au Doyen DUGUIT, qu'il y avait incompatibilité entre les notions de mandat et de représentation (84).

Telle est la doctrine classique française de la souveraineté. Telle elle est passée dans les faits. Telle elle résulte aussi des déclarations des révolutionnaires de 1789. Le peuple m'a élu pour exprimer mes idées, non les siennes, disait CONDORCET, qui résumait une opinion quasi générale, dont on retrouve le reflet chez SIEYÈS, en ces termes : « Ce n'est pas en compulsant les cahiers particuliers, s'il y en a, que le député découvrira le vœu de ses commettants. Il ne s'agit pas, ici, de recenser un scrutin démocratique, mais de proposer, d'écouter, de se concerter, de modifier son avis, afin de former en commun une volonté commune » (85). Il y a, il est vrai, des notes discordantes. PÉTION avait, en effet, déclaré : « Les membres du Corps législatif sont des mandataires, les citoyens qui les ont choisis sont des commettants : donc ces représentants sont assujettis à la volonté de ceux dont ils tiennent leur mission et leur pouvoir. Nous ne voyons aucune différence entre ces mandataire et les mandataires ordinaires, les uns et les autres agissent au même titre, ils ont les mêmes obligations et les mêmes devoirs ». Proposition dont ROBESPIERRE avait ainsi déduit les conséquences : « Je veux que tous les fonctionnaires publics nommés par le peuple, puissent être révoqués par lui sans autre motif que le droit imprescriptible qui lui appartient de révoquer ses mandataires » (86). Quoiqu'on en ait dit (87), il est impossible de voir dans ces deux déclarations, l'affirmation du pur point de vue « montagnard », puisque la Constitution de 1793 ne reconnaît ni le mandat impératif, ni la révocation populaire (88).

Il est cependant juste de constater que depuis 150 ans, la puissance des électeurs s'est considérablement accrue, le suffrage étant à l'heure actuelle, vraiment universel. Mais il semble que la puissance de l'opinion se soit surtout manifestée par des moyens extérieurs au Parlement : presse, syndicats, partis, ligues, associations... La conséquence de cet état de fait a peut être été tiré par la Constitution du 27 octobre 1946 dont l'article 3 stipule que désormais : « La souveraineté nationale appartient au peuple français ». Le rapporteur du projet constitutionnel s'est essoufflé à essayer de démontrer qu'il y avait là un principe nouveau : celui de la souveraineté populaire. Mais au risque de demeurer verbal, ce changement de conception aurait dû avoir des incidences sur les

---

(83) Art. 29, Const. 1793 : La représentation appartient à la Nation tout entière.

(84) *L'Etat, les gouvernants et les agents*, p. 26-48-50-57.

(85) *Archives parlementaires*, 1re série, T. 8, p. 595.

(86) Cités par A. Hauriou : *Le droit de révocation populaire. Revue politique et parlementaire*, 1924, T. CXX, p. 70.

(87) G. Coignot : *La Pensée*, octobre-novembre,décembre 1944, p. 122.

(88) V. Séance Convention 23 juin 1793. *Archives Parlementaires*, 1re Série, T. LXVII, p. 1741.

institutions. Or, il n'en est rien. Le projet communiste de constitution était, au contraire logique, qui stipulait dans son article 3, que : « La souveraineté du peuple implique le contrôle des élus par le peuple ».

Nous n'entreprendrons pas ici la critique de ces notions. Au reste, l'idée de souveraineté n'a jamais été qu'une idée-force, un mythe au sens sorélien du terme. Le problème du mandat impératif et de la révocation populaire peut être résolu par le simple bon sens. Ces deux institutions, sont et doivent être bannies de notre droit public, pour deux raisons, l'une d'ordre politique, l'autre d'ordre pratique.

Pratiquement, en effet, il est impossible d'organiser la révocation des élus avec le minimum de justice souhaitable. La révocabilité par le parti est une monstruosité intellectuelle ; car si c'est le parti qui fait le candidat, c'est le peuple qui fait l'élu et il est impossible par ailleurs d'affirmer que l'élu ne sera sûrement révoqué que pour infidélité au programme de son parti, lequel peut lui-même, l'histoire l'a assez souvent montré, être infidèle à son programme. La révocabilité par les électeurs n'est guère plus satisfaisante. En effet, un élu ne peut être révoqué que par ceux qui l'ont élu. Or, comment déterminer ceux-ci, puisque le vote est secret ? Si l'on décide que la révocation est de droit quand elle est exigée par un certain nombre d'électeurs, c'est, quel que soit le nombre de ceux-ci, donner aux adversaires la possibilité de révoquer le candidat contre qui ils ont voté. Supposons en effet que les électeurs d'un candidat *A*, qui a obtenu 100.000 voix, veuillent le révoquer. Or, s'il est nécessaire que 100.000 voix se prononcent sur la révocation, *A* pourra fort bien être révoqué par ses adversaires : si *B* et *C* ont obtenu respectivement 50.000 et 25.000 voix, ces 75.000 voix pourront se joindre à seulement 25.000 voix pour révoquer *A*, à qui cependant 75.000 électeurs seront restés fidèles. Si on décide que la révocation ne pourra être obtenue qu'à la condition d'avoir été demandés par 125.001 électeurs, on s'aperçoit que ce chiffre est composé de 50.001 voix de la majorité, plus 75.000 de l'opposition qui, en fin de compte, pourra ainsi provoquer la déchéance de celui contre qui elle aura primitivement voté (89).

Mais c'est surtout le principe même de la révocation populaire, en dehors de toute théorie du mandat, qui paraît essentiellement critiquable.

On a dit que l'indépendance de l'élu à l'égard de ses électeurs était la cause de trop de volte-faces, de trop de reniements, que le régime démocratique français n'avait abouti qu'à la création d'une oligarchie parlementaire basée sur la démagogie électorale. Ces maux sont parfaitement réels. Mais le remède peut en apporter bien d'autres. L'élu qui se sait sous la menace éventuelle d'une possible révocation, cherchera bien plus à contenter ses électeurs qu'à vouloir le bien de l'Etat. Et l'intérêt général n'est pas la somme des intérêts particuliers... Qui ne voit, de plus, l'encouragement ainsi donné à la méfiance entre électeurs et élus, les compromis, les agitations vaines, stériles et dangereuses ? Le corps électoral serait constamment en travail et ferait la tâche impossible

---

(89) Nous avons pris cet exemple dans l'intéressante étude de M. Berlia : « L'élaboration de la Constitution par l'Assemblée Nationale Constituante », *R.D.P.* 1946, p. 154-155.

à un Parlement craignant d'avoir à rendre quotidiennement des comptes. Ce ne serait plus une politique de forum, mais de tréteaux avec des acteurs progressivement réduits au rôle de marionnettes dont les spectateurs tireraient les ficelles.

Par ailleurs, il n'est pas mauvais que les partis soient infidèles à leur prorgamme électoral. Il est bon que les nécessités politiques l'emportent sur la démagogie électorale. En outre, quels pourraient être les motifs de révocation ? Les électeurs votent souvent pour un homme ou pour des idées générales, c'est-à-dire vagues. Et il y a mille manières de réaliser un programme : un vote isolé au Parlement ne signifie rien ; une succession de votes de la part du représentant peut, à la rigueur, fournir une indication. Mais qui lit les débats parlementaires au *Journal Officiel* ? Si l'on s'en tient aux quotidiens, on risque d'avoir une vue sommaire et fausse des votes et opinions émis. C'est ainsi que la loi du 13 avril 1946 portant statut du fermage et du métayage a été votée à l'unanimité. Or, d'après les débats, de sérieuses réserves et critiques avaient été faites, dont il ne fut pas rendu compte par la presse. Sur quoi donc auraient pu se baser d'éventuels électeurs mécontents, susceptibles de reprocher à leurs élus le vote de cette loi — alors qu'un très grand nombre de ces derniers n'avait pas assisté à la séance et avait voté grâce aux « boîtiers ». Faudra-t-il aussi permettre de contrôler l'assiduité des élus ?

Certes, il peut être regrettable qu'une Assemblée ne corresponde plus aux besoins et aux désirs du corps électoral. Mais le problème doit être à notre sens, alors envisage sous l'angle de la dissolution. Peut-être serait-il souhaitable que fonctionne un jour une dissolution populaire, parallèle à la dissolution gouvernementale et à l'auto-dissolution parlementaire. Mais ce n'est plus là, la théorie du mandat impératif et de la révocation populaire : c'est une autre forme de démocratie directe, à nos yeux beaucoup plus dangereuse : nous voulons parler de l'initiative populaire des lois, à l'étude de laquelle nous allons maintenant passer (90).

SECTION 4. — L'INITIATIVE POPULAIRE DES LOIS

L'initiative populaire est le droit reconnu aux citoyens-électeurs de saisir l'organe législatif d'une propositon sur laquelle il sera obligé de statuer par adoption ou rejet, et qui, en cas d'adoption, sera regardé comme une loi de l'organe législatif. C'est là la forme simple de l'initiative populaire : nous verrons qu'il en existe d'autres. Mais de toutes façons, son effet principal reste le

(90) La révocation populaire est d'ailleurs une institution peu répandue. En Suisse elle existe dans certains Cantons depuis 1852, mais n'a jamais été mise en jeu. Aux Etats-Unis fonctionne le « recall » à l'égard des membres de certaines Assemblées, des fonctionnaires et des juges (v. Garner, La révocation des agents publics aux Etats Unis, *R.D.P.* 1920, p. 507). Sous le régime de Weimar, le Président d'Empire pouvait être déposé à la demande du Reichstag par un vote populaire. La Constitution Esthonienne du 15 juin 1920 prévoyait le « recall » de l'Assemblée Législative au cas où elle avait refusé d'admettre une initiative populaire plus tard approuvée par un referendum — de même la Chambre pouvait être dissoute quand le peuple avait rejeté une loi votée par l'Assemblée.

Le « recall » des fonctionnaires (nous ne parlons même pas du « recall » des juges et de leurs décisions) établit notamment une responsabilité trop forte, trop passionnément mise en mouvement, ne correspondant pas à la faute civile, qui ne permet pas non plus de distinguer entre la faute politique et la faute pénale.

même : obliger l'organe législatif à prendre en considération les désirs du corps électoral, donc l'obliger juridiquement à statuer. C'est par là que l'initiative populaire se distingue du droit de pétition qui ne lie en rien l'organe législatif, tenu simplement à recevoir les pétitions, mais non à statuer sur elles.

On peut dire qu'il y a, entre l'initiative populaire et la pétition la même différence qu'entre un recours contentieux et un recours administratif.

Sous-Section 1. — Le droit d'inititative populaire

Ce droit qui constitue un contre-poids à la souveraineté du Parlement et au pouvoir discrétionnaire du Gouvernement en matière d'initiative législative, en même temps qu'une sanction préventive de l'inertie ou de la mauvaise volonté de ces autorités, n'est pas consacré par le droit positif français.

Cependant, il faut signaler que le projet de Constitution Girondine du 15-16 février 1793 admettait (Titre 8) l'initiative populaire pour les lois ordinaires et constitutionnelles. L'article 115 de la Constitution montagnarde du 24 juin 1793 reconnaissait aussi ce droit, mais en matière de révision constitutionnelle seulement : « Si dans la moitié des départements plus un, le dixième des Assemblées primaires de chacun d'eux, régulièrement constituées, demande la révision de l'acte constitutionnel ou le changement de quelques-uns de ses articles, le Corps législatif est tenu de convoquer toutes les Assemblées primaires de la République, pour savoir s'il y a lieu à une Convention Nationale ». Mais on sait que cette Constitution ne fût jamais mise en vigueur, et depuis, les diverses constitutions françaises ont fait le silence sur le droit d'initiative populaire.

Notre régime politique est essentiellement une démocratie parlementaire, reconnaissant la souveraineté théorique de la Nation pour l'attribuer pratiquement au Parlement. « Le peuple ne peut avoir qu'une voix, celle de la Législature Nationale », disait Sieyès, qui ajoutait : « Il ne peut parler, ne peut agir que par ses représentants... bien plus capables que lui de connaître l'intérêt général et d'interpréter à cet égard sa propre décision » (91). — « Ce n'est pas la volonté du peuple qui détermine celle de ses représentants, c'est au contraire le peuple qui fait sienne par avance la volonté de ses représentants » (92).

S'il la fait sienne, c'est qu'il ne peut faire autrement, et la non-réélection des représentants n'a d'effet que pour l'avenir, est sans incidence sur les lois antérieurement votées sauf abrogation expresse ultérieure par les nouveaux élus, si ceux-ci veulent bien le faire. Le corps électoral n'a en France qu'un pouvoir de suffrage, un pouvoir d'assentiment (93). Il ne choisit même pas ses candidats, qui lui sont proposés ou imposés — ceci est encore plus frappant si le régime électoral est fondé sur la représentation proportionnelle — par les comités ou les partis. Il choisit seulement entre les candidats. Si l'on ajoute à cela que le Corps électoral ne peut se constituer de plein droit lui-même, mais qu'il doit attendre d'être

(91) Cité par Ferrière. Dissolution et referendum. *R.D.P.* 1946-411.

(92) Carré de Malberg. *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, T. 2, Ch. 2, p. 282, p. 386.

(93) Hauriou : *Précis de Droit Constitutionnel*, 2me édition, p. 544 et s.

convoqué par le pouvoir exécutif (94), on peut affirmer qu'il n'est en aucune manière, un pouvoir de gouvernement.

On pouvait se demander si, lors de l'élaboration de la Constitution du 24 octobre 1946, il ne serait pas proposé d'inclure le droit d'initiative populaire dans nos institutions. Il n'en a pas été question lors des débats à l'Assemblée Nationale Constituante. Pourtant, l'article 2 (dernier alinéa) de la Constitution de 1946 ne stipule-t-il pas que : « Son principe est : Gouvernement du peuple, pour le peuple et *par le peuple* », ce que confirme ainsi l'article 3 : « La souveraineté nationale appartient au peuple français ». C'est bien là rompre, en un mauvais style, avec la théorie de la souveraineté nationale. Un amendement de M. Bastide avait essayé de renouer la tradition : M. Coste-Floret, rapporteur de la Commission de la Constitution, pour le faire repousser, avait affirmé que la théorie de la souveraineté nationale était dangereuse en ceci qu'elle risquait de consacrer la dictature de l'Assemblée (95). On pouvait alors légitimement penser que la nouvelle Constitution porterait atteinte à l'omnipotence parlementaire. L'équivoque conceptuelle qui y préside, interdit à la logique de réglementer le nouveau système constitutionnel. « Dans notre nouvelle Constitution », dit un peu plus tard M. Coste-Floret lui-même, « le seul souverain, c'est l'Assemblée Nationale délégataire du peuple » (96) donnant ainsi un son de vide aux nouvelles théories, et reprenant les anciennes, quelque douteuses qu'elles fussent, mais aux effets desquelles on tenait essentiellement.

Le peuple français est donc souverain nominal, réduit au rôle de corps électoral, impuissant en tant que tel à former un organe de l'Etat. Qualité qu'il aurait acquise si le droit d'initiative populaire lui avait été reconnu (97).

Toute théorie relative à la souveraineté mise à part, le droit d'initiative a été refusé uniquement parce qu'il porte atteinte à la souveraineté du Parlement et renforce l'autorité de l'Exécutif (98). En effet, celui-ci en échec devant le Parlement, peut fort bien susciter un mouvement d'opinion qui, grâce à l'exercice d'une compétence parallèle, discréditera en une certaine mesure l'inertie ou le mauvais vouloir parlementaires : le droit en vigueur sera ainsi modifié avec ou sans le consentement de l'organe habituellement compétent.

Nous disons bien, avec ou sans le consentement, car l'initiative populaire peut être établie en des formes susceptibles de moins heurter la sensibilité des Parlements.

L'initiative populaire peut être assortie, en effet, de modalités très diverses. Le projet peut être rédigé sous forme de simple motion que l'organe législatif rédigera ensuite par articles. Mais le plus souvent (Suisse), le projet est entièrement rédigé au préala-

---

(93) Il faut noter cependant que la Révolution française a connu parfois le régime contraire : réunion spontanée de plein droit des Assemblées primaires ou sur convocation de l'Assemblée Législative (*Constitution*, 3 septembre 1791. Ch. 1, Sect. 2. Art. 1er. *C.R.* 4, Section 3, art. 7).

(95) Assemblée Nat. Const. Séance du 3 septembre 1946. *J.O. Déb. Parlemen.* 1946, p. 3478 3479.

(96) *Eod. loc.*, p. 3519.

(97) Cette qualité a été reconnue, par contre, à certains peuples étrangers. V. sur ce point Batteli : Les institutions de démocratie directe en droit Suisse et comparé modrene. *Th. Genève* 1932.

(98) Cf. W. Martin : L'esprit des institutions suisses et l'évolution du fédéralisme. *Revue de Genève*, 1926-2-837.

ble : le Parlement doit alors simplement statuer sur un véritable projet de loi. Le Parlement peut jouir ensuite d'un véritable pouvoir discrétionnaire d'appréciation : adoption ou rejet doivent alors être considérés comme définitifs. Mais on peut concevoir de soumettre sa décision à un référendum : initiative et décision définitive viendront alors du peuple lui-même. Enfin, il est possible d'éliminer entièrement l'intervention du pouvoir législatif, s'il est prévu que le peuple statuera directement sur les projets à lui soumis par voie d'initiative populaire : sa décision vaudra Loi comme celle du Parlement.

Tous les objets légaux peuvent ainsi être atteints par l'initiative populaire. Il est à peu près certain qu'il ne s'agira que d'affaires d'ordre très général, intéressant à ce titre un grand nombre de citoyens. C'est pourquoi nous n'hésitons pas à dire que ce procédé pourrait être utilisé en matière constitutionnelle, plus précisément en matière de dissolution des Assemblées : ce serait la juste sanction du mauvais travail, des reniements, des incompréhensions parlementaires.

Car, stimulé par la menace d'initiative populaire, le Parlement serait obligé de se tenir davantage en contact avec les besoins populaires. De plus, une telle institution ne pourrait que renforcer l'éducation civique des citoyens et surtout, dans un régime de partis, les émanciperaient de la tutelle de ceux-ci.

Cependant, l'institution ne présente pas que des avantages. En premier lieu, elle présente des difficultés d'organisation. Il faut, en effet, éviter les propositions inconsidérées ou fantaisistes : ceci ne pourra être réalisé que si une grande proportion du corps électoral appose sa signature sur la motion qui lui a été présentée. Mais si l'on exige un nombre exagéré de signatures, la procédure pourra alors ne jamais aboutir.

Les difficultés techniques mises à part, et supposées résolues, il n'en demeure pas moins que certains inconvénients peuvent résulter de l'initiative populaire. Tout d'abord il n'est pas sûr que les citoyens comprennent la teneur du projet qui leur est soumis : beaucoup d'entre eux risquent de demeurer indifférents. A cela, il est aisé de répondre qu'il en est de même en matière électorale : l'absentéisme ne nuit qu'à ceux qui ne votent pas. Plus pertinente est la remarque selon laquelle l'initiative populaire risque de servir de moyens de propagande aux partis politiques et, à ce titre, de troubler fréquemment l'ordre public en exaspérant certaines passions, très tamisées entre collègues du Parlement. Mais l'histoire politique de la France montre que l'exaspération des passions a atteint son point culminant sans besoin d'initiative populaire. Nous ne croyons pas celle-ci capable d'amener au pire.

Surtout si l'on sait la canaliser dans une procédure précise, permettant de donner une impulsion au Parlement et non de la supplanter. Notre faveur va au droit d'initiative combiné de référendum au cas de rejet par l'Assemblée du projet populaire. Et comme sanction répressive, nous admettons tout à fait l'idée de l'initiative en matière de dissolution avec aussi, référendum, au cas de rejet du projet par le Parlement.

Mais la démocratie directe, plus encore que la démocratie représentative, n'est peut-être qu'un luxe de pays riche et paisible.

Sous-Section 2. — Le droit de pétition

Nous avons déjà dit que le droit de pétition se distinguait de l'initiative populaire comme un recours hérarchique d'un recours contentieux. C'est donc un droit très largement reconnu permettant à quiconque de se plaindre ou de demander que soit prise une décision individuelle, pour lui ou pour autrui, ou d'ordre général, à n'importe quelle autorité publique.

Il est certain que ce droit a été reconnu sous tous les régimes (99). Mais c'est la Révolution française qui le reconnut la première en des textes formels, signifiant par là qu'il s'agissait d'un droit permettant aux citoyens l'exercice de leur souveraineté (100).

Les textes révoluitonnaires ont établi très souvent le droit de pétition (101), et cette tradition fut conservée du 1er Empire à la IIIme République (102).

Les lois constitutionnelles de 1875 indifférentes aux constructions théoriques sont muettes sur le droit de pétition. Cependant la tradition fut respectée, et les règlements des deux Assemblées établirent une procédure spéciale relative à l'examen des pétitions. L'article 15 de la Déclaration des Droits du Projet constitutionnel du 19 avril 1946 réaffirma cependant solennellement l'existence du droit de pétition et ne souleva, au cours des débats, ni intérêt, ni discussion (103). La Constitution du 27 octobre 1946, par contre, n'en souffle mot : mais elle en tient certainement compte dans son préambule où il est dit que le peuple français « réaffirme solennellement les droits et les libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des Droits de 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ».

Il n'est pas, au fond, nécessaire de proclamer un droit qui va de soi, un droit que tous les textes qui l'on formellement prévu, ont souvent proclamé droit naturel (104). Quel que soit le nom qu'on donne à l'institution, pétition, placet, prière, supplique, plainte, vœu, doléance, réclamation, requête, sa caractéristique est toujours la même : l'impossibilité d'astreindre les pouvoirs publics à une prestation, à une réponse quelconque.

Nous ne traiterons pas ici des pétitions adressées aux autorités administratives vis à vis desquelles elles se confondent avec le

---

(99) Cf. Richard. Le droit de pétition. *Thèse Aix*, 1932, p. 79 à 94.

(100) Sur ce point v. Samuel, Du Droit de pétition sous la Révolution. *Thèse Paris*, 1909.

(101) *D.*, 14 décembre 1789 (art. 62) sur l'organisation des municipalités — *D.*, 27 mai 1790 (art. 60) — *L.*, 22 décembre 1789 - janvier 1790 (art. 34) : droit de pétition reconnu aux Assemblées primaires et aux Assemblées des électeurs. Constitution de 1791 : droit reconnu comme droit naturel. Constitution de 1793, de l'an III (art. 364), de l'an VIII (art. 83. Complété par le Senatus Consulte Organique du 28 Floreal an XII).

(102) Constitution Sénatoriale 6 avril 1814. Acte additionnel aux Constitutions de l'Empire. Chartes de 1814 et 1830. Constitution 14 janvier 1852 (art. 4). Senatus-Consulte 2 février 1861 et 18 juillet 1866. Constitution 21 mai 1870 (Titre 8, art. 41). *L.* 13 mars 1873 (art. 4).

(103) Assemblée Nationale Constituante. Séance 14 mars 1946 (*J. O. Déb. Parl.* 1946, p. 774. Cf. Projet socialiste de Constitution (art. 16) in *R.D.P.*, 1946, p. 164.

(104) En ce sens, Pierre : *Traité de Droit électoral et parlementaire*, p. 661, n° 570.

recours hiérarchique, ou gracieux. Devant le Parlement, elles ont soulevé des problèmes spéciaux, tenant tant à des questions de forme que de fond.

En effet, les pétitions, si l'on excepte celles qui ont trait à des plaintes particulières, ont souvent pour but de demander de modifier, abroger une loi, de rejeter ou de voter un projet ou une proposition de loi. Pendant la Révolution de 1789, de nombreuses pétitions exigèrent le renvoi de ministres, leur mise en accusation, l'abrogation du véto royal. La journée du 10 août fut, en particulier, précédée par le dépôt de nombreuses pétitions. L'influence politique des pétitionnaires devait cesser avec le rétablissement de régimes stables. Mais les Parlements se sont toujours souvenus des journées révolutionnaires et ont souvent émis la prétention de déclarer irrecevables les pétitions rédigées sous forme de lois, y voyant une forme indirecte d'initiative populaire ; il y a là une prétention exagérée et une erreur, puisque l'initiative populaire oblige le Parlement à statuer mais non pas la pétition (105). A notre sens, celle-ci peut porter sur tout objet, sauf, bien entendu, sur un objet contraire à l'ordre public, au sens large du terme.

Par contre, la forme des pétitions pose quelques problèmes intéressants. La Révolution française a connu les pétitions comminatoires, enjoignant sous la menace de prendre telles mesures : de pareilles exigences aboutirent à la fusillade du Champ de Mars, à l'arrestation des vingt-deux Girondins (106). Souvent la foule envahissait les Assemblées et venait à la barre même de l'Assemblée, forçant ainsi la main des représentants du peuple et provoquant des incidents sanglants ou de terribles représailles. Aussi les Assemblées se défendirent-elles en interdisant les pétitions collectives (D. du 22 mai 1791 - Constitution du 24 juin 1793 - Constitution An III - Constitution An VIII - Acte additionnel aux Constitutions de l'Empire - Chartes de 1814 et de 1830 - Constitution de 1848 et de 1852), et à la barre (règlementation du droit de pétition à la barre : Art. 7, D. 11 novembre 1792 - les art. 6 à 9 de la L. du 22 juillet 1879 interdisent de recevoir les pétitions à la suite d'un rassemblement sur la voie publique) (107).

A l'heure actuelle, seules les pétitions à la barre sont interdites. Elles peuvent être individuelles ou collectives à la condition d'indiquer la demeure du pétitionnaire, d'être écrites et signées (signature légalisée) (108) et présentées par n'importe quel individu, étranger ou national, sans condition d'âge et de capacité. Le caractère extrêmement large du droit de pétition provient essentiellement de son défaut de pouvoir astreignant. La jurisprudence a eu l'occasion de souligner la nature purement gracieuse de ce recours, en se refusant à examiner contentieusement de pareilles requêtes : « Considérant que la lettre adressée par le Ministre de la Guerre au sieur KIEFFER en réponse à sa pétition que ledit sieur KIEFFER nous avait présentée, ne constitue pas une décision

---

(105) Cf. Richard, *Op. cit.*, p. 199.

(106) Sur les abus révolutionnaires du droit de pétition, V. Richard *op. cit.*, p. 274 et s. et Samuel *op. cit.*, p. 100 et s.

(107) Cf. art. 92, al. 2 Résolution 5 juin 1947 portant Règlement du Conseil de la République. *R.D.P.*, 1947, 437.

(108) Si la légalisation a été refusée, le pétitionnaire doit faire mention de ce refus à la suite de la pétition.

de nature à nous être déférée en notre Conseil d'Etat par la voie contentieuse » (109), formue que l'on retrouve dans un arrêt Pasquet, relatif à la procédure d'examen des pétitions (110). Ce n'est pas là une application de la théorie des actes de gouvernement : la décision d'une Commission, la réponse d'un Ministre, n'ont pas le caractère exécutoire, elles ne visent pas à produire un effet de droit vis à vis des pétitionnaires.

La procédure d'examen des pétitions a souvent varié, mais on peut la ramener à ces traits principaux : les pétitions au Parlement sont adressées au Président de l'Assemblée qui les envoie à la Commission compétente dont le rapport conclut soit au refus d'examiner, soit au renvoi à l'Assemblée, soit au renvoi au Gouvernement. Il peut ou non exister une Commission spéciale des pétitions (111). C'est la formule classique, mais il est concevable aussi d'adresser les pétitions directement aux diverses commissions parlementaires, le tri étant fait en raison de la nature de la demande de ces requêtes. A l'heure actuelle, l'Assemblée Nationale reprenant le règlement intérieur de la précédente Assemblée Nationale Constituante, a adopté le système de la Commission Spéciale des Commissions (112).

Le droit de pétition est aujourd'hui tombé en désuétude (113). Le Parlement est suffisamment renseigné par les campagnes de presse dont il tient compte, tout autant, ou pas plus, que des pétitions. Ce droit naturel et vétuste, inorganisé et inefficace, ne correspond plus aux nécessités de l'heure : « C'est l'artillerie à pierre des anciens et l'on a inventé depuis des engins beaucoup plus muertriers » (114) a-t-il été écrit fort justement. Que l'on veuille y voir la forme primitive ou dégénérée de l'initiative populaire, il est tout au moins certain, que le droit de pétition n'est plus qu'une relique historique et solennelle, sans efficacité, partant sans intérêt pour les citoyens qui ne peuvent même pas, par ce moyen, astreindre le Parlement à statuer sur leurs requêtes (115).

***

Cette impossibilité juridique du citoyen d'obliger le Parlement à statuer, est générale, et vaut pour toutes les Assemblées délibérantes du cadre administratif. La jurisprudence a eu l'occasion de faire respecter ce principe du droit public français, en décidant

---

(109) *C. E.*, 24 juin 1870, Kieffer, 803.

(110) *C. E.*, 13 juin 1902, Pasquet 454.

(111) V. *R. D. P.*, 1904, p. 358.

(122) Ch. VII, art. 14 : « Au début de chaque législature, l'Assemblée nomme en séance publique, 19 Commissions générales de 44 membres chacune qui prennent les dénominations suivantes : 17me Commission du suffrage universel, des règlements et des pétitions ». Le Conseil de la République a fait de même dans son règlement intérieur. (Ch. VI, art. 14-18°).

(113) Joly : Idées générales sur le droit de pétition. *Thèse Paris*, 1900, p. 138 et s.

(114) Richard, *op. cit.*, p. 417.

(115) Vis-à-vis des simples particuliers, la pétition peut cependant avoir effet juridique si elle constitue un abus de droit, c'est-à dire si elle contient des imputations et allégations diffamatoires ou injurieuses à l'égard des tiers, si elle a été inspirée non par le souci de la justice ou de l'intérêt général mais de mauvaise foi et dans le but de nuire à autrui. Cf. sur ce point Besançon, 7 novembre 1938. D. H. 1939, 41.

qu'il n'appartenait qu'aux Conseils Municipaux et Généraux de régler les affaires communales et départementales, et non aux habitants des communes et des départements. Ces organismes ne peuvent déléguer cette compétence aux administrés, soit par le moyen d'un référendum de consultation ou d'approbation (116), soit en instituant des commissions administratives recrutées en dehors de leur sein et composées d'individus qui ne sont ni conseillers municipaux, ni conseillers généraux (117).

En définitive, seuls, les corps constitués ont proprio motu pouvoir de décision, et non ceux qui les ont élus. La nomination est la prérogative de l'électeur, non l'impulsion, ni la décision.

---

(116) *C. E.*, 7 avril 1905 Commune d'Aigre, 15 janvier 1909 Commune de Brugnens, cf. Blanc : « De quelques moyens de gouvernement direct en matière municipale et spécialement du referendum communal ». *Thèse Paris*, 1904

(117) Arrêt Lafitte, *S.*, 1933 3-65.

CHAPITRE II

L'INEXECUTION DES LOIS

SECTION I. — POSITION DU PROBLEME

Nous venons de voir que Parlement et Gouvernement sont, l'un souverainement, l'autre discrétionnairement, maîtres de l'initiative des lois, et qu'en tout état de cause le Parlement vote seul la loi. L'initiative des particuliers et leur contrôle en la matière sont donc radicalement nuls. Mais la situation est différente lorsqu'il s'agit d'exécuter la loi ainsi votée. Car si elle prévoit l'accord de prestations et d'avantages au bénéfice des simples particuliers, ceux-ci peuvent exiger de l'exécutif qu'il les en fasse profiter. Ce dernier agit en effet comme organe administratif chargé de l'exécution de la loi, et comme tel, son action ou son inaction relèvent du contrôle du juge.

Les droits des individus peuvent être en la matière particulièrement forts, si l'on songe qu'une loi votée, l'est pour toujours, sauf abrogation expresse ou implicite (1), et que l'Administration — non plus que les simples particuliers — ne peut invoquer à son profit la désuétude des lois. En effet, cette forme d'extinction de la loi est proscrite par notre droit positif : « Attendu qu'un texte légal ou réglementaire ne saurait se trouver abrogé par simple désuétude » (2). L'inexécution de la loi ne peut donc amener sa désuétude et les administrés peuvent donc, en tout temps, en réclamer l'exécution.

Mais y a-t-il des textes sur lesquels il est possible de baser ce droit à exécution ? Les Constitutions révolutionnaires avaient fait de l'organe législatif, un organe omnipotent confiant seulement à l'Exécutif la possibilité de faire des « proclamations » conformes aux lois pour en ordonner ou en rappeler l'exécution (3). La Constitution de l'An VIII (art. 44), donne au contraire

---

(1) Sur ce dernier point : *C.E.*, 20 mars 1931. Bizard. *R.D.P.*, 1931, 342.

(2) Trib. civ. Seine, 4 janvier 1945. *D.*, 1945. J. 291.

(3) Constitution 1791. T. 3. Ch. 4, Sect. 1, Art. 6 — Constitution an III, art. 144. Cf. Larroquette « Le pouvoir exécutif dans la constitution de 1791 », *Thèse Bordeaux*, 1921. Trappe : « Le pouvoir exécutif dans la Constitution de l'An III, *Thèse Paris*, 1901.

à l'Exécutif, pouvoir de réglementer en vue de l'exécution des lois. Ce droit lui est par la suite resté sous tous les régimes : Art. 14, Charte 6 juin 1814 : « Le Roi... fait les règlements et ordonnances nécessaires pour l'exécution des lois et la sûreté de l'Etat ». Art. 13, Charte 6 août 1830 : « Le Roi fait les règlements et ordonnances nécessaires pour l'exécution sans pouvoir jamais, ni suspendre les lois elles-mêmes, ni dispenser de leur exécution ». Art. 49, Constitution 4 novembre 1848 : Le Président de la République surveille et assure l'exécution des lois ». Art. 6, T. 3, Constitution 14 janvier 1852 : Le Président de la République « fait les règlements et décrets nécessaires pour l'exécution des lois ». L'art. 3,Loi Constitutionnelle 25 février 1875, reprend la formule de 1848. — Acte Constitutionnel n° 2, 11 juillet 1940, § 3 : Le Chef de l'Etat « promulgue les lois et assure leur exécution ». Art. 47, Constitution 27 octobre 1946 : « Le Président du Conseil des Ministres assure l'exécution des lois ».

De la lecture de ces textes, il résulte que l'exécution en la personne de son chef (Roi, Chef de l'Etat, Président de la République, Président du Conseil des Ministres) est chargé de la fonction d'exécution des lois : il y a là une fonction politique et non pas une obligation juridique, si l'on s'en tient à la lettre des Constitutions. De plus, l'on a même voulu voir dans l'article 14 de la Charte de 1814 la possibilité d'une suspension juridique des lois pour assurer la sécurité de l'Etat : ce contre quoi réagit l'article 13 de la Charte de 1830 (4). Actuellement, il parait certain que ce droit n'existe plus, au moins en période normale. Mais il est tout aussi certain qu'un texte qui prévoit que l'Exécutif « assure » ou « surveille » l'exécution des lois, ne signifie pas, sauf exégèse arbitraire, que cette fonction est obligatoire, que les individus peuvent exiger sa mise en mouvement. Or, il n'est pas niable qu'un très grand nombre de lois sont demeurées lettre morte, le Gouvernement ayant décidé de n'en pas poursuivre l'exécution ou de fermer les yeux sur leur inexécution. Cette attitude porte préjudice à ceux qui escomptaient tirer un bénéfice de la loi. Parmi les lois exigeant l'intervention active des agents publics et à l'égard desquelles cette intervenion fut défaut, on peut citer :

La loi Le Chapelier, du 16-17 juin 1791, qui ne fut jamais invoquée contre les patrons, ce qui laisse supposer que jusqu'à la loi du 21 mars 1884, on n'avait jamais empêché les patrons de former des groupements.

La loi du 10 avril 1834, modifiant l'article 291 du Code pénal, que Guizot promit ne n'appliquer qu'aux clubs et sociétés politiques et non aux associations, alors que la loi était libellée en termes généreux. Les lois sur les congrégations qui demeurèrent en sommeil jusqu'aux fameux décrets du 29 mars 1880 qui vinrent en rappeler l'exécution.

Les lois sur le travail des femmes et des enfants restées lettre morte, en vertu d'instructions formelles adressées par le Gouvernement aux Inspecteurs du travail : lorsque le Ministre du Commerce fit savoir en 1899 que la loi de 1892 serait appliquée à partir du 1er janvier 1900, certains osèrent protester au nom des droits acquis ! De même avant la loi de 1901, des asso-

---

(4) Sur cette question, v. *infra*, p. 123.

ciations de plus de vingt personnes existaient bien, et avant la loi de 1907, des réunions se tenaient sans autorisation préalable. Par ailleurs, il arrive de plus en plus que le législateur confie à l'Exécutif le soin de compléter une loi qu'il vient de voter. soit par un règlement d'administration publique, soit par un décret simple (5), en fixant ou non le délai maximum au bout duquel le règlement prévu aura du être édicté (6). Or, il est très facile à l'Administration de ne pas prendre ce règlement et de retarder ainsi l'exécution de la loi, surtout si ce règlement doit préciser des modalités d'application non fixées par la loi. En ce sens, on peut citer la loi du 27 juillet 1942 relative à l'enfance délinquante don l'article 34 prévoyait qu'un décret fixerait la date à partir de laquelle la loi entrerait en vigueur : or, ce décret n'est jamais intervenu et ne pouvait intervenir car il aurait fallu au péalable construire des centres d'observation. Mais la loi de 1942 avait abrogé celle de 1912 ; on voit dès lors, le dilemne qui se posait au juge. « Lorsque le législateur néglige de prendre ces précautions spéciales (délai maximum) le Gouvernement est maître de retarder indéfiniment la mise en vigueur effective de la loi... En général, l'inexécution des lois parait ne pas léser le droit individuel, parce que, suivant la vigoureuse formule de Bentham, toutes les lois sont établies « aux dépens de la liberté ». Mais il est rare que la limitation de la liberté des uns ne soit pas profitable aux autres : établie aux dépens de la liberté des patrons, la loi de 1841 conférait à l'enfant des droits nouveaux. Ce sont ces droits que le Gouvernement avait annulés par un refus tacite d'exécution, portant ainsi une atteinte détournée, mais non moins grave au régime de la légalité » (7).

Cet aperçu très juridique du problème, fait pendant à la pensée de Montesquieu pour qui « Lorsque dans un gouvernement populaire, les lois ont cessé d'être exécutées, comme cela ne peut venir que de la corruption de la République, l'Etat est déjà perdu ». Quelle que soit la cause de l'inertie de l'Exécutif il n'en demeure pas moins qu'elle a pour effet de paralyser la volonté du Législatif, de rendre inefficace une loi qui, pourtant, en tant que telle, est obligatoire tant à l'égard de l'Administration que des administrés (8). Portalis a dit très justement que « les détails d'exécution, les précautions provisoires ou accidentelles, les objets instantanés ou variables, en un mot toutes les choses qui sollicitent

---

(5) Et même par un arrêté ministériel si la loi prévoit formellement ce mode d'exécution : v. par ex. art. 62 L. 23 Juillet 1947 modifiant la procédure et l'organisation de la Cour de Cassation (*D.* 1947, L. 275).

(6) Il peut même arriver qu'une loi établisse qu'une loi ultérieure viendra la compléter : ainsi l'art 25 de la L. 1er avril 1926 décidait que le Préfet pourrait « sur avis des Conseils Municipaux réquisitionner les locaux vacants pour y loger les familles sans abri », mais l'art. 25 bis stipulait que « les conditions nécessaires à l'exercice du droit de requérant » seraient déterminées par une loi ultérieure... qui n'intervient jamais.

(7) Cruet, *Thèse Paris*, 1906, p. 63.

(8) Il ne faut pas confondre la suspension et l'inexécution de la loi avec le droit de dispense de la loi (prévu par les textes mêmes) qui n'est que le droit de soustraire une personne déterminée à l'application de la loi sans enlever à celle-ci sa force et sa portée générale (Ex : Art. 145-146 C. cv : *dispenses accordées par le Chef de l'Etat en matière matrimoniale*) non plus qu'avec le droit d'exemption qui est une individualisation de la loi dans des catégories prévues par la loi (*diplômes, infirmités, âge*). Sur ces points : cf. Cruet *op. cit.* p. 57 et s.

bien plus la surveillance de l'autorité qui administre, que l'intervention de la puissance qui institue ou qui crée, sont du ressort des règlements (9). Mais encore faut-il que cette quotidienneté de l'exécution des lois soit assurée. Il est peut-être exact de constater avec le doyen Hauriou (10) que l'évolution a fait de l'Exécutif « un représentant autonome de la Nation ». Néanmoins, ce pouvoir réglementaire ne doit pas rester inutilisé, surtout lorsque la loi prescrit impérativement aux agents publics de prendre telle mesure précise en faveur d'une catégorie d'administrés (11).

La question se résume donc à ceci : quel est le fondement de l'obligation de l'Administration d'exécuter la loi ?

Pour beaucoup d'auteurs, la loi trace surtout une limite que l'Administration ne peut franchir. Sous le contrôle des administrés qui veillent à ce que la fonction administrative soit remplie conformément à la loi, l'Administration ne peut aller par ses actes contre la loi, non plus qu'ajouter à la loi, sauf s'il s'agit d'en faciliter l'exécution (12). Mais c'est là perdre de vue que la loi ne constitue pas seulement une limite et que très souvent — et de plus en plus en raison de l'intervention de l'Etat dans la production des biens et des services — elle apporte une impulsion à l'activité de l'Administration.

Faut-il voir alors dans cette impulsion législative, dans cette obligation d'exécuter la loi, un commandement du Législatif à l'Exécutif, ou mieux, le seul effet issu de la forme même de la loi ? Cet ordre ou cet effet, sont-ils irréfragables ? N'existe-t-il pas, au contraire, un certain pouvoir discrétionnaire de l'Administration dans sa tâche exécutive qui fait que sa seule inaction n'est pas nécessairement illégale ?

La doctrine classique et révolutionnaire voyait dans l'Exécutif un simple « commis » du Législatif, exécuteur docile des ordres des représentants du peuple, ceux-ci représentant seuls la souveraineté de la Nation, alors que l'Exécutif n'est que la « force obéissante » appliquée à la loi (13). Nous n'avons pas ici à entreprendre l'exposé non plus que la critique de cette théorie que les faits et le droit positif ont toujours infirmée. Car, non seulement l'Exécutif a l'initiative des lois, quelque fois même la « délégation législative » (décret-loi), mais encore jurisprudence et doctrine contemporaines lui reconnaissent en temps de crise le droit d'agir « contra legem » et en temps normal, de refuser ou de différer l'exécution des lois.

De l'examen de ces faits, il faut conclure, dit le doyen Hauriou (14), en faveur de la primauté — politique — de l'Exécutif sur le Législatif. En effet, il doit à la fois exécuter les lois et assu-

---

(9) Cité par Bertelhemy in *R. Pol et Parl,* 1898, T. 15, p. 10.

(10) *Précis de Droit Constitutionnel,* 2me édit., p. 447.

(11) Cf. Cruet : « *La vie du Droit et l'impuissance des Lois* », p. 113. « Il y a dans toute loi un ordre du législateur à la nation; la nation n'entend cet ordre qu'à travers d'Administration ».

(12) En ce sens Renouvier: « *Science de la Morale* », T. 2, p. 319-321. Esmein : « *Eléments de Droit Constitutionnel* », p. 309. Saint-Girons : « *Essai sur la séparation des pouvoirs* », p. 379. Moreau : « *Le règlement administratif* », p. 202.

(13) En ce sens : « Montesquieu, *Esprit des Lois* », L. XI. Ch. VII. Rousseau « *Contrat Social* », édit. Flammarion, p. 59 à 61, p. 104-106. Roederer, cité par Hauriou in *Précis de Droit Constitutionnel,* 2me édition, p. 384, n° 7.

(14) *Op. cit.,* p. 383.

rer la marche de l'Etat, ce qui peut l'amener à choisir entre les lois à appliquer et surtout à décider du moment de leur exécution. De sorte que le gouvernement parait être une sorte d'arbitre entre le Pays et le Parlement réduit au rôle technique de confection des lois. Hauriou nie ainsi le caractère absolument obligatoire de la loi, mais n'explique pas pourquoi, en vertu de quelle règle, le Gouvernement peut laisser en sommeil, certaines lois. La jurisprudence (15) nous montre que le Gouvernement ne peut refuser l'application individuelle des lois. Hauriou ne s'explique pas sur le degré de pouvoir discrétionnaire de l'Exécutif en cette matière. Sa conception plus politique que juridique, rend exactement compte d'un état de fait, elle ne le justifie pas. En particulier, elle ne permet en rien de déceler la raison pour laquelle les suspensions de la loi par simple abstention en dehors de toutes formes légales, sont moins réprimées que les suspensions positives faites en la forme réglementaire.

Pour Barthélémy, « ce qui caractérise le rôle de l'Exécutif, ce n'est pas l'exécution, c'est plutôt la *représentation* et « *l'administration* » (16). Et — c'est là une erreur de sa part — il affirme que la loi fixe plus souvent une limite qu'elle n'impose une règle directrice. Comme Hauriou, sa théorie manque de précision. Il est exact de dire que le Gouvernement Administratif a pour tâche d'assurer la vie concrète de la Nation. Mais ce n'est pas donner la solution juridique du problème de l'inexécution des lois. Celle ci peut être, en effet, un mode d'administration pour le plus grand bien de tous, mais encore faudrait-il dire, en vertu de quels principes juridiques, ce mode est possible, préciser en quoi consiste, par quoi se justifie le pouvoir discrétionnaire de l'Administration. Pour Barthélémy, il s'agit simplement d'un problème de confiance entre le Gouvernement et le Parlement (17) : si celui-ci fait confiance au Gouvernement qui n'a pas exécuté la loi qu'il vient de voter, cela équivaut à une abrogation tacite de la loi. Ceci est tout à fait inexact, puisque le Gouvernement pourra remettre la loi en application dès qu'il le voudra. On voit dès lors combien seraient grandes l'instabilité et l'insécurité juridique des relations administratives. En outre, le problème est insuffisamment posé, car il n'est envisagé par Barthélémy que sous l'angle de la séparation des pouvoirs :en régime de confusion des pouvoirs où l'Exécutif remplit aussi la fonction législative, le contrôle du Parlement ne peut jouer et l'on n'est pas en droit de dire qu'un pareil régime conduit nécessairement à l'arbitraire administratif. Par ailleurs, lorsqu'il existe, le contrôle parlementaire n'est qu'un contrôle de l'opportunité ; or, ce à quoi ont droit les administrés, c'est au contrôle de la légalité. C'est ce que parait avoir oublié Barthélémy quand il déclare « Il arrive toujours un moment aù on ne peut plus compter que sur la conscience et l'honnêteté d'un gouvernement ». Cela peut être vrai en matière d'actes de gouvernement, mais non d'actes administratifs qui sont susceptibles de contrôle juridictionnel. Barthélémy oublie que l'inexécution de la

---

(15) V. *infra*, p. 297

(16) Barthélémy : « *Le rôle du pouvoir exécutif dans les Républiques Moderne* ».

(17) Barthélémy : « *De la liberté du Gouvernement à l'égard des lois dont il est chargé d'assurer l'application* ». R.D.B. 1907, p. 205.

loi intéresse principalement parce que juridiquement les administrés et subsidiairement parce que politiquement, le Parlement. Cela explique pourquoi cette théorie est incapable de préciser les limites du pouvoir discrétionnaire du Gouvernement dans l'exécution des lois. Comme Hauriou, Barthélémy a raison de reconnaître la nécessité d'une certaine liberté dans l'exécution des lois : mais leurs théories présentent le défaut de ne pouvoir permettre de déterminer le volume de cette liberté.

Tout se ramène en somme à rechercher en quoi consiste la force obligatoire de la loi, spécialement à l'égard de l'Administration. L'étude du fondement de la loi peut-elle révéler ce qui justifie cette forme obligatoire ? Assurément, non. Nous avons vu (18) qu'une imprécision toute métaphysique avait toujours présidé à un essai de définition de la loi. Qu'on veuille y voir une expression de la justice, du droit naturel, de la volonté générale ou l'établissement d'une règle de droit générale, aucune théorie ne permet de rendre compte de notre droit positif pas plus qu'elle ne fournit un critère précis relatif à la distinction de la loi et du règlement et partant à la subordination de celui-ci à celle-là. Il faut alors en revenir au pragmatisme pascalien et se contenter de reconnaître que : « L'un dit que l'essence de la justice est l'autorité du législateur ; l'autre la commodité du souverain ; l'autre la coutume présente et c'est le plus sur : rien, suivant la seule raison n'est juste en soi ; tout branle avec le temps » (19). Nous autorisant de Pascal, ne pourrions-nous pas avancer alors que le pouvoir d'inexécution des lois est une coutume constitutionnelle, en entendant sous ce vocable de coutume, un ensemble de « solutions adoptées et maintenues avec une suffisante persistance par les pouvoirs publics et notamment par le pouvoir législatif » (20) ?

Mais, outre que la coutume est une règle de droit dangereusement imprécise, elle est notoirement incompatible avec des textes constitutionnels, écrits et rédigés, tels que les connait notre droit public. Une coutume interprétant ou modifiant de tels textes, ce serai aller à l'encontre des strictes procédures de revision qu'ils établissent. D'ailleurs, ainsi que nous le verrons, le Conseil d'Etat, lorsqu'il a eu à connaître des recours pour inexécution des lois, n'a jamais invoqué une quelconque coutume constitutionnelle, mais a fondé ses décisions sur une interprétation des textes constitutionnels relatifs à la fonction d'assurer et de surveiller l'exécution des lois. L'inexécution de la loi constitue peut-être une pratique constitutionnelle, mais certainement pas une coutume ayant valeur constitutionnelle.

Cette pratique, aucun texte ne nous permet de dire à priori qu'elle est illégale ou pas. La loi n'étant à nos yeux que l'expression d'un organe législatif, voulu souverain par les Constitutions, elle ne tient sa force que de la souveraineté du Parlement, et de la nécessité de l'obéissance à une règle établie suivant des procédures, voulues ou acceptées par une majorité ou imposées par une autorité. On peut discuter sur la valeur de cette majorité ou

---

(18) V. *supra*, p. 40 et s.

(19) Pascal, cité par Deslandres : « Etude sur le fondement de la loi ». *R.D.P.* 1908, p. 5 et s.

(20) Laferrière : « La compétence du pouvoir exécutif et la coutume constitutionnelle », *R.D.P.*, 1944, p. 20.

de cette autorité : on en discutera toujours, car les origines du droit ne sont pas juridiques. Mais on ne discutera pas sur la nécessité en tant que telle de l'obéissance à une règle. Loi et règlement ont une égale force obligatoire : tout le problème est de savoir dans quelle mesure la réalisation, la concrétisation d'une règle de droit laisse de pouvoir discrétionnaire à l'autorité chargée de l'appliquer. A cela, il n'est pas de solution générale : chaque loi prévoit, de façon plus ou moins précise, plus ou moins détaillée, les mesures d'exécution qu'elle comporte. Du pouvoir discrétionnaire total à la compétence liée totale, il existe toute une gamme de situations qui exigent chacune un examen spécial et des solutions spéciales (21).

Il convient donc d'étudier de très près la procédure d'exécution des lois, afin d'examiner les actes qu'y président. Or, cette procédure est très complexe. Pour être exécutoire, les lois doivent être d'abord promulguées, puis publiées. Ensuite, si besoin est, pour être exécutées, elles font appel au concours de l'Administration qui, par un acte administratif (règlement général ou décision individuelle) les complète ou les concrétise. L'exécution de la loi, d'après notre droit public, est une opération composée d'actes qui se suivent dans le temps et qui, juridiquement, se conditionnent. Nous les étudierons donc successivement, afin de préciser, à l'égard de chacun d'entre eux, les droits et les pouvoirs des administrés.

Nous examinerons en conséquence dans la section 2 du présent chapitre la promulgation des lois et, dans la section 3, l'exécution administrative de la loi, ou nous distinguerons, d'une part, la publication de la loi, d'autre part son exécution proprement dite.

SECTION 2. — LA PROMULGATION DES LOIS

L'article 36 de la Constitution du 27 octobre 1946, confère au Président de la République le pouvoir de promulguer la loi. Il consacre ainsi une longue tradition qu'avaient déjà observée les articles 3, § 1er de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 et 7 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 (22). Cet acte est extrêmement important, puisque l'article 1er du Code civil déclare que les lois ne sont exécutoires sur tout le territoire français qu'en vertu de cette promulgation. En conséquence, un individu ne peut réclamer l'exécution de la loi avant sa promulgation. Mais, peut-il recourir contre un défaut ou un refus de promulgation ? Le problème parait ainsi nettement posé. Cependant le décret du 5 novembre 1870 relatif à la promulgation des lois et décets, affime que « dorénavant la promulgation des lois et décrets résultera de leur insertion au *Journal Officiel* de la République Française... ». Il semble donc qu'il y ait confusion entre promulgation et publication. Aussi, avant d'aborder l'étude

---

(21) En ce sens Chatelain : « De la compétence discrétionnaire du Gouvernement dans l'application des lois et des jugements ». *Thèse Paris*, 1942, p. 41.

(22) Cf. aussi *Acte Constitutionnel* n° 2, 11 juillet 1940 § 3, et n° 12, 17 novembre 1942, art. 4 *L. Constitutionnelle* du 2 novembre 1945.

de la promulgation elle-même, il est tout à fait nécessaire de bien délimiter les domaines respectifs de la promulgation et de la publication.

Sous-Section 1. — Promulgation et Publication

Les deux termes semblent avoir été à l'origine confondus, comme participant de cette idée qu'on ne peut exiger l'obéissance à l'égard d'une loi qu'on ne connait pas. Il s'agissait donc, avant tout, de faire savoir aux simples particuliers qu'une règle de droit venait d'être édictée à laquelle ils devraient dorénavant se soumettre.

Il semble bien que sous l'ancien régime, promulgation et publication aient été synonymes. En effet, les Ordonnances Royales envoyées aux Parlements se terminaient par un ordre de publication et d'obéissance à l'adresse des Magistrats. La Révolution parait en la matière avoir perpétué l'équivoque. La formule de promulgation s'exprimait en effet, ainsi : « *Mandons et ordonnons* à tous les corps administratifs et tribunaux, que les présentes ils fassent *consigner* dans leurs registres, *lire, publier* et *afficher* dans leurs départements et ressorts respectifs, et *exécuter* comme Loi du Royaume (23) ».

Cet acte, étant aux yeux des Girondins et des Montagnards un acte du pouvoir exécutif, il n'en fut pas fait mention dans leurs projets constitutionnels.

L'institution réapparait avec la Constitution de l'An III et fut confirmée par la Constitution de l'An VIII : mais les termes de l'arrêté du 29 nivose, An VIII qui en fixaient la formule sont encore équivoques, la promulgation s'analysant en une publication. L'article 1[er] du Code civil (précité) parait au contraire faire la distinction dans la mesure où il observe le silence sur la publication. Mais le Sénatus-Consulte du 28 florcal An XII interdit de penser qu'un progrès a été fait car, dans la nouvelle formule, sont juxtaposés l'ordre d'exécuter et de publier (24). Les Chartes de 1814 et de 1830 ne changèrent rien à cet état de choses. La Constitution de 1848 (art. 558) parle bien de la promulgation du Président de la République (la loi du 8 octobre 1848 l'avait réservée au Président de l'Assemblée Nationale jusqu'à l'élection du Président de la République), mais est muette sur la publication. Avec le deuxième Empire, la promulgation comporte à la fois un ordre d'exécution et de publication. Un progrès peut être noté grâce au décret du 20 avril 1870 fixant la nouvelle formule qui enjoint un ordre d'exécution aux citoyens et aux fonctionnaires sans mention de la publication. Il semble que ce mouvement se soit poursuivi par les décrets du 31 août, 4 septembre 1870 et la loi du 31 août 1871 (complétée par D. 2 septembre 1871). Mais l'on était revenu au chaos par le décret du 5 novembre 1870, et les différents textes constitutionnels qui, depuis lors, fixèrent

---

(23) Cf. *L.*, 9 novembre 1879. *L.*, 2-5 novembre 1709. *L.*, 13 juin 1791. Constitution de 1791. T. 3. Ch. 4. Sec. 1. D. 15 août 1792 (qui mit la formule en harmonie avec la suspension du Roi).

(24) Cf. Portalis, qui confondait publication et promulgation. Fenet : *Recueil des travaux préparatoires du Code Civil*, VI, p. 256 à 260.

le régime politique de la France, sont beaucoup trop succints pour qu'il soit possible de se faire une idée sur la distinction de la publication et de la promulgation.

A l'heure actuelle, nous régissent, l'article 36 de la Constitution de 1946, l'article 1er du Code civil et le décret du 5 novembre 1870, qui ainsi que nous l'avons vu, sont assez contradictoires. Heureusement la jurisprudence est-elle venue trancher le débat. Par un arrêt du 22 juin 1874, la Cour de cassation (25) a décidé que « La promulgation ne doit pas être confondue avec la publication. La promulgation résulte du décret qui ordonne l'exécution de la loi ; mais une loi promulguée n'est pas par là-même publiée. La publication résulte des mesures employées pour porter la loi à la connaissance des administrés ».

Cet arrêt permet donc d'opposer très nettement les deux institutions : la publication est essentiellement l'ensemble « des mesures employées pour porter la loi à la connaissance des administrés », c'est-à-dire un acte matériel — la promulgation résulte au contraire d'un décret qui ordonne l'exécution de la loi « et à ce titre, constitue un acte juridique » (26).

Sous-Section 2. — Nature et effets de la promulgation

La promulgation est donc un acte juridique par lequel l'exécutif ordonne l'exécution de la loi, alors que la publication est seulement l'acte matériel par lequel la loi devient opposable. C'est dire alors qu'à défaut de promulgation, la loi n'est pas exécutoire, que l'exécutif peut en retarder par refus ou inertie l'application, paralysant ainsi les droits et bénéfices que certains pouvaient penser en retirer. Il est donc nécessaire de connaître la nature de la Promulgation afin de savoir si l'exécutif jouit d'un total pouvoir discrétionnaire. S'agit-il d'une simple fonction ou d'une obligation ? Et si obligation il y a, joue-t-elle à l'égard des citoyens, ou du législateur seulement ?

Les textes ne permettent pas de répondre à ces questions. Ils se contentent d'établir le rôle du Président de la République et de fixer un délai. Cette méthode avait été déjà utilisée pour les articles 3, § 1er de la loi Constitutionnelle du 25 février 1875 « Le Président de la République promulgue les lois votées par les deux Chambres » et 7 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 qui décidait que la promulgation devait intervenir « dans le mois qui suit la transmission au Gouvernement de la loi définitivement adoptée... dans les trois jours pour les lois dont la promulgation par un vote exprès dans l'une et l'autre Chambre, aura été déclarée d'urgence ». Elle a été reprise par l'article 36 de la Constitution du 27 octobre 1946 qui se contente de stipuler « le Président de la République promulgue les lois dans les 10 jours qui suivent la transmission au Gouvernement de la loi définitivement adoptée. Ce délai est réduit à cinq jours en cas

---

(25) *D.* 1874. 1. 322 concl. Bedarides.

(26) En ce sens Barthélémy et Duez : *Traité de Droit Constitutionnel*, p. 740. Jèze *R.D.P.* 1918, p. 378.

d'urgence déclarée par l'Assemblée Nationale... » (27). Les diverses formules promulgatoires fixées par décret, qui ont été successivement utilisées, ne permettent pas davantage de se faire une idée sur la nature de la promulgation (28).

Le problème doit cependant être résolu puisque l'article 1er du Code civil déclare que les lois ne sont exécutoires qu'en vertu de leur promulgation (29). Il ne peut en être autrement, sinon ce serait donner une prime à ceux qui auraient pu avoir connaissance du texte avant d'autres : il y aurait là rupture du principe d'égalité devant la loi.

Pour Esmein (30), la promulgation est un effet de la séparation des pouvoirs. La loi est certes parfaite, obligatoire, du seul fait qu'elle est votée. Mais l'organe exécutif étant indépendant du législatif, ses agents ne peuvent recevoir d'ordre que de lui et non du législatif. La promulgation est donc l'ordre d'exécuter la loi donnée à ses agents par le chef du pouvoir exécutif. Mais cette théorie ne permet pas de savoir si ce dernier a l'obligation de promulguer et envers qui. Par ailleurs, pourquoi la loi serait-elle alors obligatoire à l'égard du Président de la République et non pas à l'égard de l'Administration ? La distinction entre le caractère obligatoire et le caractère exécutoire est à ce point de vue, absolument factice (31).

Duguit (32) voit dans la promulgation un acte de nature législative par lequel le Président de la République est associé à la confection de la loi, rend celle-ci parfaite. Mais cette opinion se heurte à des textes formels : la loi constitutionnelle du 25 février 1875 pour qui « le pouvoir législatif s'exerce par deux Assemblées » ; les articles 13 et 20 (al. 3) de la Constitution du 27 octobre 1946, qui montrent que l'Assemblée Nationale exerce seule souverainement le pouvoir législatif. La théorie de Duguit revient à assimiler promulgation et sanction des lois (33). Or, cette institution (Chartes 1814-1830) se heurte aux principes d'un régime qui repose sur la souveraineté du Parlement. Elle se comprenait au contraire très bien sous le régime établi par la Charte de 1814, où le Roi, qui avait seul l'initiative législative pouvait retirer son propre projet, et après le vote, refuser même de sanctionner son projet voté par la Chambre (34). Enfin,

---

(27) Il faut noter qu'il est possible au Parlement de voter une loi sous condition suspensive quant à l'exercice de la promulgation. Ainsi en avait-il été décidé pour la loi Constitutionnelle du 24 février 1875 relative à l'organisation du Sénat, qui ne pouvait être promulguée avant le vote définitif de la Loi sur l'organisation des pouvoirs publics.

(28) *V.D.*, 6 avril 1876 (*D.*, 18 décembre 1946 (*J.O.*, 19 décembre, p. 10755). *D.*, 31 janvier 1947 (*J.O.*, 2 février, p. 1152).

(29) Cf. Barthélémy et Duez, *op. cit.*, p. 741. Cas. 30 déc. 1871. *D.*, 1871 1.367

(30) Eléments de droits constitutionnels, 8me édition, 1928, p. 68.

(31) *Cf.* Chatelain *op. cit.*, p. 27. Bonnet : « De la promulgation ». *Thèse Poitiers*, 1908, p. 67.

(32) *Traité de Droit Constitutionnel*, 2me édition. T. IV, p. 624 *Etudes de droit public*, p. 1001.

(33) Cruet *op. cit.*, p. 56 Voit dans la sanction l'origine de la promulgation.

(34) La situation était identique sous l'empire de la Constitution de 1852 : Le Prince-Président qui avait seul l'initiative des Lois, possédait aussi le droit de sanction (art. 10).

si l'on admet que la promulgation est un acte de nature législative, il faut admettre aussi que le Président de la République fait œuvre juridictionnelle dans la formule exécutoire des jugements.

Aussi, la doctrine moderne voit-elle seulement dans la promulgation l'acte par lequel le Président de la République vérifie et constate la régularité contitutionnelle, du point de vue formel, du texte voté par le Parlement. Selon la formule de Carré de Malberg (35), la promulgation affirme « la naissance constitutionnelle de la loi ». Le Chef de l'Etat vérifie si la loi a été votée dans les formes exigées par la Constitution (36).

Le caractère de « constat », d' « authentification » a frappé M. Châtelain et l'a conduit à reconnaître à la promulgation, le caractère d'acte juridictionnel (37). Ceci, parce qu'il s'agit d'un acte opposable à tous, d'une « opération de la fonction juridictionnelle ». Or, l'acte juridictionnel comporte deux éléments : la constatation d'un droit, élément qui à la rigueur se rerouve dans la promulgation, et la force de vérité légale, élément qu'on ne peut par contre y retrouver. Car la promulgation ne couvre pas le vice de la loi. Souvent ont été promulgués des textes votés par la Chambre et non par le Sénat, des textes non votés en terme identique, ou votés en termes identiques, mais venant de deux projets différents. On peut concevoir aujourd'hui que le Conseil de la République n'ait pas été amené à donner son avis, ou l'ait donné relativement à un texte qui n'était pas celui sur lequel s'était prononcée l'Assemblée Nationale. La jurisprudence s'est toujours reconnu le droit de contrôler la régularité formelle de l'élaboration des lois, c'est-à-dire de décider si l'on était en présence ou non d'une loi (38).

La Promulgation émanant du Pouvoir exécutif ne peut être qu'un acte d'administration. Mais, ainsi que l'a précisé le Conseil d'Etat (39) « Considérant que les décrets de promulgation des lois prévus par les articles 3 de la loi du 25 février 1875 et 7 de la loi du 16 juillet 1875, sont des actes relatifs aux rapports du Pouvoir exécutif avec le Parlement », ils ne peuvent comme tels « faire l'objet d'un recours contentieux devant le Conseil d'Etat ». C'est là l'application de la théorie des actes du Gouvernement.

M. Alibert a fortement critiqué cet arrêt. Très justement, il a fait remarquer qu'un acte fait en vertu d'un texte constitutionnel n'était pas nécessairement un acte de gouvernement. En effet, c'est par de pareils textes qu'est prévu le pouvoir réglementaire. Mais il ne parait pas exact de dire que les « rapports du Gouvernement avec le Parlement » ne concernent que les décrets de convocation, d'ajournement et de dissolution, qui assurent la

---

(35) Contribution à la Théorie générale de l'Etat, p. 431 à 454.

(36) Hauriou : *Précis de Droit Constitutionnel*, 2me édit., p. 437 et s.

(37) *Op. cit.*, p. 31.

(38) Crim. 21 octobre 1903. *R.D.P.*, 1904 111 Req. 1er avril 1924, *D.*, 1924, 1.121 n. Capitant. Crim. 8 mars 1930. *D.*, 1930.1.101 n. Voirin. Req. 6 juil. 1931. *D.*, 1931.1.164 n. Pilon. Cf. Hauriou *op. cit.*, p. 440. Laferrière « *Juridiction Administrative* », 2me édition II, p. 9 ; Jèze, *Principes Généraux du Droit Administratif*, 2me édit., p. 121. Carré de Malberg *op. cit., loc. cit.*

(39) *C.E.*, 3 novembre 1933 Desreumeaux, *D.*, 1934.3.36 n. Gros. *S.* 1934.3.9 n. Alibert.

discipline et le fonctionnement interne du service public, et ne produisen pas d'effets à l'égard des tiers. Certes, il est exact de dire que la promulgation intéresse les tiers : mais rien ne permet d'affirmer qu'elle les intéresse plus qu'elle n'intéresse le Parlement.

En effet, si l'on considère l'article 7 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 et l'alinéa 1er de l'article 34 de la Constitution du 27 octobre 1946, on voit que le Président de la République promulgue, dans un certain délai, à partir de la transmission au Gouvernement de la loi définitivement adoptée. Or, il est quasiment impossible aux simples particuliers de savoir à quelle date a eu lieu cette transmission, et par conséquent d'exiger que soit pris le décret de promulgation. A ce titre, la notion d'acte de gouvernement paraît tout à fait justifiée.

On ne saurait à notre sens tirer argument, en faveur de la nature d'acte de gouvernement, de l'alinéa 3 de l'article 34, qui déclare qu'à défaut de promulgation par le Président de la République, dans les délais fixés, il y sera pourvu par le Président de l'Assemblée Nationale. On serait tenté de voir là la solution d'une épreuve de force entre le Parlement et le Gouvernement, ce qui montrerait que la promulgation intéresse principalement leurs rapports. Il parait cependant n'en être pas ainsi : lors de la discussion devant l'Assemblée Nationale Constituante de l'article 102 (al. 3) du Projet constitutionnel d'avril 1946 (reproduit par l'article 34, alinéa 3), à M. Capitant, qui déclarait trouver anormal de confier la foncion promulgatoire à une autre autorité que celle du Chef de l'Etat, il fut répondu par le rapporteur que le terme « à défaut de promulgation » avait simplement le sens de « si le Président de la République était empêché » et non de « si le Président de la République avait refusé de promulguer » (40).

Pareille sanction du défaut de promulgation n'a jamais existé que dans la Constitution de 1848, dont l'article 59 donnait au Président de l'Assemblée Nationale le droit de promulguer lorsque le Président de la République refusait de promulguer une loi. Sous le régime de 1875 et de 1946, il ne peut être dans ce cas, question que d'une responsabilité ministérielle, sous réserve peut-être d'une possibilité d'inculper le Président de la République de haute trahison (41). Tout ce que l'on peut dire, c'est que le Chef de l'Etat doit promulguer, mais cette obligation est due au Parlement et non aux particuliers.

La promulgation a donc pour objet essentiel de proclamer la régularité de l'élaboration de la loi, d'informer l'Administratio de l'existence de la loi et de son obligation de l'exécuter et de fixe rla date de celle-ci (42). A ce titre, on ne peut en concevoir l'utilité qu'à l'égard d'une loi ; il ne saurait y avoir de néces-

---

(40) (Assemblée Nationale Constituante. *J.O.* Déb. Parl., 1946, p. 189.

(41) Esmein, *op. cit.*, 4me édition, p. 571-657.

(42) Il faut signaler qu'en pratique les délais imposés pour la promulgation ne sont pas toujours respectés et que très souvent des lois dont le vote a été acquis tel jour ne sont promulguées que longtemps après. V. quelques exemples significatifs donnés par Mr. P. Voirin dans sa note au *D.C.*, 1941, J. 10, Col. 1.

sité de promulgation de traité ou de décret (43) puisque c'est la même autorité qui élabore la règle et la promulgue : on ne voit pas en quoi elle serait qualifiée pour en vérifier alors la régularité (44). Donc, la promulgation ne peut jouer qu'à l'égard des lois, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre lois formelles et lois matérielles, puisqu'est loi, ainsi que nous l'avons vu, tout acte en forme de loi fait par l'organe législatif. La question s'est seulement posée de savoir si les lois portant revision constitutionnelle devaient comporter une promulgation. La Convention de 1875 était là-dessus muette. La doctrine était d'avis qu'il n'était pas besoin de promulgation, car le Chef de l'Etat ne pouvait demander de renvoi en deuxième délibération, prévu seulement en fonction de l'existence de deux Chambres et non d'une Assemblée unique, les délais supposant aussi l'existence de ces deux Chambres (45). En fait, les revisions constitutionnelles de 1879, 1884, 1926 et 1940 ont été promulguées.

La Constitution du 27 octobre 1946 a adopté formellement cette tradition : l'article 106 prévoit, en effet, la promulgation par le Président du Gouvernement provisoire de la République, du texte constutitionnel dans les deux jours suivant la date de la proclamation du résultat du référendum et l'article 90, alinéa 5, affirme que doit être aussi promulgué sous huit jours de son adoption, le texte prévoyant revision de la Constitution.

Il est un effet important de la promulgation que nous mentionnons en dernier, parce qu'il convient de lui faire une place à part. C'est celui qui consiste dans le pouvoir du Président de la République de demander une deuxième délibération de la loi, tant qu'il est encore dans les délais de promulguer. Une fois qu'il a promulgué, il signifie qu'il renonce à ce droit, théoriquement très important, puisqu'il équivaut à une suspension de la loi.

Sous-Section 3. — La suspension de la loi dans les délais de promulgation

L'article 36 (al. 2) de la Constitution du 27 octobre 1946 décide que : « Dans le délai fixé par la promulgation (délai fixé à l'alinéa 1er du même article : 10 jours en principe, 5 jours en cas d'urgence déclarée par l'Assemblée Nationale) (46), le Président de la République peut, par un message motivé, demander aux deux Chambres une nouvelle délibération qui ne peut être refusée ». C'est là la reprise mot pour mot de l'article 7 de la

---

(43) Barthélémy et Duez, *op. cit.*, p. 776, pour les traités, v. *infr.* p. 166.

(44) Cela permet de se demander si la promulgation correspond à quoique ce soit lorsque l'Exécutif détient à la fois le pouvoir législatif et le pouvoir réglementaire. En effet, dans la mesure où elle constitue un ordre aux agents d'exécution, la promulgation est inutile puisqu'elle émane d'une autorité à la fois législative et exécutrice. Dans la mesure où elle atteste l'existence de la loi, elle est aussi inutile puisqu'elle permet au même pouvoir de certifier à un titre ce qu'il a fait à un autre. Cf. Concl. Léonard et n. Malezieux sous arrêt *C.E.*, 16 avril 1943. Lanquetot. *S.*, 1943.3.41.

(45) Barthélémy et Duez, *op. cit.*, p. 777. Bonnet, *op. cit.*, p. 90 à 96.

(46) Ces délais sont prolongés (art. 92, al. 2 et art. 93, al. 3) dans le cas où il s'agit d'un texte qui a fait l'objet d'un recours devant le Comité Constitutionnel, lorsque ce dernier a décidé que le dit texte était conforme à la Constitution. V. *infra*, p. 96.

loi constitutionnelle du 16 juillet 1875, compte tenu cependant des délais de promulgation qui étaient alors respectivement de 1 mois et de 3 jours. Le droit de demander une deuxième délibération est donc, depuis la Constitution de 1848 qui le prévoyait également, une institution traditionnelle de notre régime constitutionnel (47).

Mais la Constitution de 1946, dans son article 92, autorise en plus le Président de la République, d'accord avec le Président du Conseil de la République, à saisir dans les délais de promulgation, le Comité constitutionnel (art. 91) dans le cas où une loi votée par l'Assemblée Nationale, supposerait une révision de la Constitution. C'est là un pouvoir nouveau, inconnu jusqu'à présent des Constitutions républicaines. Il s'agit d'une suspension de la loi pour inconstitutionnalité et non plus comme dans l'article 36 d'une suspension de la loi pour inopportunité. Nous étudierons donc à part, chacune de ces institutions.

§ 1er. — *La suspension de la loi pour inopportunité*

Le droit de demander une deuxième délibération apparaît au premier abord comme le droit de refuser la promulgation de la loi. Ce qui autorise à dire qu'en dehors de l'exercice de ce droit formellement prévu, limitatif, promulguer est bien une obligation du Président de la République. Cependant, il peut paraître étrange de voir se dresser la volonté individuelle du Chef de l'Exécutif contre la volonté souveraine du Parlement exprimée par la majorité de ses membres, contre la loi déjà parfaite et obligatoire.

Disons tout de suite que la loi reste parfaite, la demande de deuxième déliération incitant à une réflexion ultérieure suspendant momentanément l'exécution de la loi, mais ne touchant pas à la validité du texte législatif. Il ne faut pas y voir une sorte de sanction de la loi, analogue à la sanction prévue par les Chartes de 1814 et 1830 et la Constitution de 1852. Car, il s'agissait alors d'une véritable participation au pouvoir législatif, d'un « privilège héréditaire du Prince, dont l'objet est la défense, non de la puissance exécutrice, mais de la prérogative royale », la sanction étant « un droit que le Prince exerce comme partie intégrante du pouvoir législatif... en théorie une décision souveraine, le véritable acte législatif qui décide du sort de la de la loi » (48).

Il semble, au contraire, que l'on puisse rechercher l'origine du renvoi en deuxième délibération, dans le veto royal suspensif tel qu'il fut organisé par la Constitution de 1791 (49). On sait quelles controverses passionnées souleva alors la question du veto. A Mirabeau, Mounier, de Sèze, partisans du veto royal en raison de la qualité de Roi, « auguste médiateur », représentant

---

(47) Cf. L. Constitutionnelle du 2 novembre 1945, art. 4, § 2. Sur l'organisation de la deuxième délibération lors du régime provisoire qui précéda la Constitution de 1875, v. Boulard « *Le veto du Président de la République et la sanction royale* », pages 260 à 266.

(48) Bompard, *op. cit.*, p. 89. v. p. 56-57 où l'auteur montre que ce droit a été pratiquement inutilisé.

(49) En ce sens Cruet « Etude juridique de l'arbitraire administratif ». *Thèse Paris*, 1906, p. 55. Esmein « *Eléments de droit constitutionnel* », 2me édit, p. 464.

perpétuel, héréditaire du peuple par opposition aux députés représentants temporaires et accidentels, Sieyès répliquait : « Le veto est une lettre de cachet lancée sur la volonté nationale ». On aboutit donc au compromis du veto suspensif par lequel le Roi pouvait s'opposer à une résolution du Corps législatif, sauf si celle-ci était ultérieurement maintenue par deux législatures successives. Mais (art. 7, Sect. 3, Ch. 3, Constitution 1791), le veto ne pouvait être opposé à toute une série d'actes, concernant la police intérieure de l'Assemblée, sa sûreté extérieure, la vérification des pouvoirs, la convocation des Assemblées primaires en retard, l'exercice de la police constitutionnelle sur les administrateurs et sur les officiers municipaux, les questions d'éligibilité, la validité des élections, les actes relatifs à la responsabilité des Ministres et les décrets portant qu'il y a lieu à accusation, enfin l'établissement, la prorogation et la perception des contributions publiques. Mais il ne suffisait pas d'avoir ainsi restreint son domaine. On fit tout pour forcer la main au Roi : l'Assemblée décidant que ses résolutions lui seraient soumises dans la journée, que son président irait immédiatement trouver le Roi pour qu'il donne sa sanction. Louis XVI tardait à céder, mais cédait presque toujours. Et le droit de veto n'a jamais été qu'un épouvantail que pour ceux qui voulaient en faire un signe de ralliement des forces antimonarchistes (50). Mais le droit de veto a bien dégénéré. Le Président de la République ne peut plus que demander une deuxième délibération de la loi, et celle-ci sera définitive si le Parlement maintient sa décision, alors que le veto royal suspendait la loi pendant deux législatures. Si bien que ce « droit suspensif » dont parlait Gambetta (51) est aujourd'hui de bien médiocre effet.

C'est ce qui n'a pas manqué d'être signalé lors des Débats à l'Assemblée Nationale Constituante de 1946. Très justement, M. P. Cot fit remarquer que cette survivance (mais combien dégénérée) du veto royal était tombée en désuétude dans tous les régimes parlementaires, et qu'elle était particulièrement mal venue dans un régime où était constitué une Chambre de réflexion. A quoi bon dès lors, organiser deux fois la réflexion si, au surplus, il n'est pas exigé pour la deuxième délibération une majorité différente et plus forte de celle qui a abouti au premier scrutin ? Quant à M. Ramadier, il déclara ironiquement que cette institution « pourrait avoir sa place au muséum de paléontologie constitutionnelle ». Le rapporteur, M. Coste-Floret la défendit au contraire, disant qu'elle faisait du Président de la République l'arbitre souverain des partis. Le distingué rapporteur reprenait ainsi inconsciemment l'opinion de Mirabeau, Mounier et de Sèze. Il ne s'agit pas de veto suspensif, ajouta-t-il, mais seulement du droit de demander aux représentants du peuple de faire leur métier, c'est-à-dire de voter la loi. C'est donc là permettre la meilleure collaboration de l'exécutif et du législatif (52).

---

(50) Bompard, *op. cit.*, p. 136 à 227. Viatte « Le veto législatif dans la Constitution des Etats-Unis (1787) et dans la Constitution française de 1791 ». *Thèse Paris*, 1901. V. spécialement p. 147 en ce qui concerne l'exercice du droit de veto par Louis XVI.

(51) « *La République Française* », 8 mars 1873.

(52) Assemblée Nationale Constituante, séance du 12 septembre 1946. *J.O. Débats parlementaires*, p. 3700 et s. Cf. aussi *S.*, 1974, *L.* p. 568, n° 64. Dans le même sens Hauriou, *Précis de Droit Constitutionnel*, 2me édition, p. 438.

Cette dernière et péremptoire affirmation laisse rêveur. A nos yeux, il s'agit moins de collaboration que d'opposition, et d'opposition pouvant amener à des résultats dramatiques. Tout cela théoriquement d'ailleurs, car il n'a jamais, jusqu'à présent, été fait usage du renvoi en deuxième délibération, ce qui prouve bien l'inutilité de l'institution. Inutilisée parce qu'inutilisable en raison du danger qu'elle présente.

On a fait remarquer, a bon droit, que très souvent les votes étaient surpris (voir la pratique des rectifications de vote) que les représentants du peuple, dans le fouilli des textes, ne savaient au juste à quoi ils avaient accordé leur vote, enfin que certaines décision n'avaient été emportées que grâce à une très faible majorité. Mieux vaudrait alors établir une meilleure procédure de votation. Car la demande de deuxième délibération correspond à ce que Montesquieu appelait la faculté d'empêcher (53), et aboutit en fait à un conflit grâve du Parlement et du Gouvernement.

Il est évident que le Président de la République ne demandera pas une deuxième délibération lorsque le Parlement aura adopté un projet gouvernemental préalablement revêtu de sa signature.

Mais si le Parlement a voté une loi contrairement aux efforts des Ministres, le Président peut alors demander une deuxième délibération par message motivé. Or, il lui faut le contreseing ministériel. Qu'adviendra-t-il s'il lui est refusé, les Ministres estimant qu'il est inopportun d'aller à un deuxième échec qui conduirait à la chute du cabinet ? Si le Président veut exercer son droit contre l'avis de ses Ministres, ceux-ci démissionneront, surtout s'ils appartiennent à la majorité qui a voté la loi. Le Président devra alors faire appel à un nouveau ministère forcément minoritaire, sans autorité devant le Parlement. Si l'on n'en arrive pas à cette extrémité, quelle sera alors l'autorité du Ministre qui, la veille, a approuvé la loi et vient lire ensuite le message présidentiel qui la critique ?

Enfin, et c'est le plus important, aucune majorité nouvelle n'étant exigée, la loi frappée d'opposition risque, selon toute probabilité, d'être à nouveau intégralement votée. Ce sera un camouflet pour le pouvoir exécutif, un aveu de son impuissance devant la souveraineté du Parlement.

L'institution était à la rigueur défendable sous l'empire de la Constitution de 1848, le Président de la République étant tout autant l'élu du peuple que l'Assemblée Nationale, La Commission de la Constitution qui avait d'ailleurs largement débattu la question, avait envisagé la deuxième délibération comme un moyen pour le Président de formuler des objections graves contre la loi. Il s'agissait donc bien du problème de l'opportunité de la mesure ou de son exécution. Mais à l'heure actuelle, le Président de la République n'est plus que l'élu du Parlement, un personnage irresponsable et représentatif (au point de vue symbolique évidemment) : toute critique de la loi basée sur des questions d'opportunité ferait crier au pouvoir personnel. Le fonctionnement de l'institution n'est concevable que s'il s'agit de réparer une irrégularité formelle des textes votés. C'est dans cette mesure qu'elle correspondrait d'ailleurs à la promulgation elle-même.

---

(53) *Esprit des Lois*, L. XI, Ch. 6.

Quoiqu'il en soit, le renvoi en seconde lecture ne risque pas de nuire aux droits des simples particuliers. Cette forme d'inexécution de la loi n'est que théorique. La Jurisprudence n'a donc jamais eu à se prononcer sur la nature du droit du Président de la République. Il est certain qu'il s'agit là d'un acte de gouvernement comme intéressant les rapports du Gouvernement avec le Parlement, dont les tiers ne pourraient pas davantage critiquer l'utilisation que l'omission. L'inexécution de la loi par refus de promulgation, pur et simple ou sous forme de renvoi en seconde lecture, ne touchera jamais, en l'état actuel de notre droit et de nos mœurs politiques, les intérêts des citoyens qui espèrent retirer un bénéfice de la loi.

§ 2. — *La suspension des lois qui supposent une révision de la Constitution*

Le contrôle de la constitutionnalité des lois a été à l'ordre du jour durant la période qui précéda l'élaboration de la Constitution actuelle. En majorité la doctrine juridique réclamait un contrôle juridictionnel. Les politiciens s'y refusèrent toujours, un tel contrôle étant à leurs yeux, et l'on citait l'exemple des Etats-Unis, un obstacle à tout progrès économique, social et démocratique (54). Ainsi, l'on présenta comme une idée neuve, un contrôle politique, mis en mouvement, non par les simples particuliers, mais par les autorités publiques (55). Lors des débats à la première Constituante, le M. R. P. déposa un projet en ce sens, qui fut repoussé (56). Il devait être plus heureux lors de la deuxième Constitutante, le rapporteur, M. Coste-Floret, ayant réussi à faire adopter les articles 91, 92 et 93 qui ont doté notre Constitution d'un assez curieux contrôle politique de la constitutionnalité des lois.

Article 91 (al. 3) « Le Comité constitutionnel examine si les lois votées par l'Assemblée supposent une revision de la Constitution ».

Article 92 « Dans le délai de la promulgation de la loi, le Comité est saisi par une demande émanant conjointement du Président de la République et du Président du Conseil de la République, le Conseil ayant statué à la majorité absolue des membres le composant.

Le Comité examine la loi, s'efforce de provoquer un accord entre l'Assemblée Nationale et le Conseil de la République, et s'il n'y parvient pas, statue dans les cinq jours de la saisie. Ce délai est ramené à deux jours au cas d'urgence.

Il n'est compétent que pour statuer sur la possibilité de revision des dispositions des Titres un à dix de la présente Constitution ».

---

(54) V. rejet amendement Bardoux relatif à un contrôle de la Constitutionnalité des lois, décrets et arrêtés, par le Conseil d'Etat et la Cour de Cassation *S.*, 1947 L., 576 n° 114.

(55) Cf. Kopelmanas *op. cit*, p. 284 et s.

(56) Assemblée Nationale Constituante, *J. O. débats Parlementaires*, 1946, p. 1924

Article 93 « La loi qui, de l'avis du Comité, implique une revision de la Constitution, est renvoyée à l'Assemblée Nationale pour nouvelle délibération.

Si le Parlement maintient son premier vote, la loi ne peut être promulguée avant que la Constitution n'ait été revisée dans les formes prévues de l'article 90.

Si la loi est jugée conforme aux dispositions des Titres 1 à 10 de la présente Constitution, elle est promulguée dans le délai prévu à l'article 36, celui-ci étant prolongé de la durée des délais prévus à l'article 92 ci-dessus. »

Cette institution, soi-disant nouvelle et démocratique, rappelle étrangement les Constitutions impériales de l'An VIII et du 14 janvier 1852.

Car l'article 21 de la Constitution de l'An VIII donnait déjà au Sénat Conservateur un rôle de gardien de la Constitution : « Il maintient ou annule tous les actes qui lui sont déférés comme inconstitutionnels par le Tribunat ou le Gouvernement », rôle précisé en ces termes par l'article 37 « Tout décret du Corps législatif, le dixième jour après son émission est promulgué par le Premier Consul, à moins que dans ce délai il n'y ait eu recours au Sénat pour cause d'inconstitutionnalité. Ce recours n'a point lieu contre les lois promulguées ».

Les articles 26, 27 et 29 de la Constitution de 1852 reprirent ainsi l'institution : « Le Sénat est le gardien du pacte fondamental et des libertés publiques. Aucune loi ne peut être promulguée avant de lui avoir été soumise. Le Sénat s'oppose à la promulgation : 1° des lois qui seraient contraires ou qui porteraient atteinte à la Constitution, à la religion, à la moralité, à la liberté des cultes, à la liberté individuelle, à l'égalité des citoyens devant la loi, à l'inviolabilité de la propriété et au principe de l'inamovibilité de la magistrature ; 2° de celles qui pourraient compromettre la défense du territoire. Le Sénat maintient ou annule tous les actes qui lui sont déférés comme inconstitutionnels par le Gouvernement, ou dénoncés pour la même cause par la pétition des citoyens ».

Ces trois institutions ont entre elles quelques ressemblances. Tout d'abord, le problème du recours pour inconstitutionnalité est lié à la promulgation. Le recours pour inconstitutionnalité ne peut être intenté une fois la loi promulguée. Ensuite et ceci est une conséquence de celà, le recours ne peut être provoqué que par le Gouvernement, ou une Autorité publique : La Constitution de 1852 prévoit bien les pétitions des citoyens, mais nous avons vu que la pétition ne pouvait obliger une autorité publique à statuer ; ce n'était donc là qu'une concession polie et inefficace aux droits des individus. Enfin, le contrôle est le fait d'un organisme politique et non d'un juge.

Il y a cependant quelques différences. Le contrôle de la Constitutionnalité établi par la Constitution de 1852 avait un domaine très vaste, et tendait à protéger tant certains principes jugés fondamentaux, que les libertés publiques et la sécurité de l'Etat.

Le contrôle tel qu'il résulte de la Constitution de 1946 est bien plus étroit et formaliste. Le Comité constitutionnel n'est, en effet compétent que pour statuer sur la possibilité de revision

des Titres 1 à 10 de la Constitution (art. 92, al. 3). Ce qui exclue par conséquent le préambule (57),, énoncé de principes fondamentaux mais vagues. Il ne s'agit, en effet, que du contrôle de la partie de la Constitution qui concerne les rapports des pouvoirs publics entre eux.

Ce formalisme cadre d'ailleurs parfaitement avec la nature de la promulgation qui conditionne la mise en mouvement de cette procédure spéciale de revision. Toutefois, il faut noter que le Président de la République n'exerce pas seul ce droit. Il lui faut l'accord du Président du Conseil de la République, le Conseil ayant statué à la majorité absolue des membres le composant, majorité plus difficile à obtenir que celle des membres présents. On voit que rien n'a été fait pour faciliter, pour alléger cette procédure. Il est d'ailleurs recommandé au Comité de rechercher les « compromis de couloirs » avant d'avoir à statuer dans les cinq ou deux jours de la saisine. Si par hasard, malgré tous ces barrages, la procédure suit son cours, la loi qui de l'avis du comité implique revision de la Constitution, revient en seconde délibération devant l'Assemblée. C'est là le même résultat que celui auquel aboutit l'article 36. Mais il y a cependant un progrès en ce sens qu'il est prévu une sanction. Si l'Assemblée maintient son vote, la loi ne sera pas promulguée tant que la Constitution n'aura pas été revisée dans la forme prévue à l'article 90. C'est-à-dire que le Parlement doit adopter une résolution de revision qui, après avoir été soumise dans un certain délai à une seconde lecture, sera ensuite soumise à un référendum (ce qui est obligatoire si la revision porte sur le Conseil de la République et si celui-ci n'a pas donné son accord), sauf si elle a été adoptée en seconde lecture à la majorité des deux tiers à l'Assemblée Nationale, ou votée à la majorité des trois cinquième par chacune des Assemblées.

Cette procédure, lente et embarrassée, offre dons au peuple la possibilité de se prononcer sur un projet de revision. Ainsi que l'avait très justement noté M. Fajon, les articles 90 et suiv. créent une sorte de « veto hypothétique » permettant au peuple de trancher entre le Président de la République et le Parlement (58).

Cette solution aurait pu être adoptée pour le renvoi pur et simple de l'article 36. Mais le Parlement a peur qu'il soit attenté à sa souveraineté. Celle du peuple est bien proclamée, mais à la manière d'un droit éminent. On en autorise l'exercice, mais en hérissant la procédure de difficultés et en permettant la mise en mouvement de celle-ci seulement à l'égard de textes constitutionnels et non législatifs, plus généraux et comme tels plus éloignés des intérêts immédiats. Si bien que le peuple ne sera susceptible d'intervenir pour trancher un conflit entre l'Exécutif et le Législatif, que lorsque ses intérêts immédiats ne seront pas en cause.

Tout ceci nous autorise à conclure que cette procédure constitutionnelle d'exécution de la loi, promulgation, renvoi en

---

(57) Cf. Vedel « Conception sociale et organisation politique », p. 9, n° 11 in *Collection Droit social* n° 31, mai 1947.

(58) Assemblée Nationale Constituante. Séance du 20 août 1946. *J.O. Déb. Parl.*, p. 3198 et 3199.

seconde délibération, renvoi au Comité constitutionnel, ne présente guère d'intérêt. Elle peut fournir matière tout au plus aux jeux parlementaires et aux recherches des historiens. Elle n'intéresse en rien la vie quotidienne des citoyens à qui elle est incapable de nuire ou de profiter.

SECTION 3. — L'EXECUTION ADMINISTRATIVE DES LOIS

Sous-Section 1. — La publication des lois et des actes administratifs (59)

Il ne suffit pas qu'une loi soit votée et promulguée ou qu'une décision administrative soit prise par l'autorité compétente, pour que les administrés soient autorisés ipso facto à demander à l'Administration les prestations auxquelles les textes leur donnent droit. Du moins, dans la plupart des cas. En effet, un certain nombre de dispositions prévoient des mesures de publicité qui doivent suivre l'émission de l'acte. Or, il arrive — et la législation française de 1940 à 1944 en est un frappant exemple — que des textes signés ou votés, promulgués et datés, ne soient publiés que longtemps après leur émission. On voit, sans qu'il soit besoin d'insister, quelle source de dommages, peut être cette forme d'inertie. Aussi, est-il permis de se demander si, d'une part, les administrés ne peuvent requérir la publication des lois et actes administratifs, et si, à défaut ou concurrement, ils ne peuvent exiger à leur profit l'exécution de l'acte non publié (60).

Examiner les droits des administrés en raison du défaut des publications de certains actes, revient à examiner les deux problèmes suivants :

D'une part, la nature de la publication : si elle est un acte juridique, il est possible de concevoir que les simples particuliers aient des droits sur elle. Si, au contraire, elle n'est qu'un acte matériel, elle ne peut être une source de droits.

D'autre part, les effets de la publication : celle-ci a pour but de rendre l'acte publié opposable ; peut-on dès lors exiger l'exécution d'un acte non publié, c'est-à-dire d'un acte inopposable ?

---

(59) Nous traitons à la fois de la publication des lois et des actes administratifs, car quelque soit l'acte à publier, le problème de la publication se présente toujours de la même façon.

(60) Il est évident que tout ce qui sera dit à propos de la publication vaudra également à l'égard de la notification des décisions administratives, la publication pouvant être envisagée comme une notification collective.

§ 1er. — *La nature de la publication* (61)

Nous avons vu (62) que la publication s'opposait à la promulgation comme un acte matériel à un acte juridique. La jurisprudence ne s'est jamais là-dessus démentie, et considère toujours que la publication n'est que cet « *ensemble de faits* », qui ont pour objet de porter à la connaissance du public le texte de la loi ou du décret, c'est-à-dire son insertion au *Journal Officiel*, et l'écoulement du délai de publication » (63). Tous les auteurs s'accordent à reconnaître que cet « ensemble de faits » n'est que l'exécution matérielle de l'ordre d'exécuter un acte — que celui-ci réside, pour la loi par exemple, dans la loi même ou dans la promulgation. — Il n'y aurait donc pas acte juridique, parce qu'il n'y aurait pas de décision exécutoire : la publication n'est pas l'expression d'une volonté.

Mais ainsi que le fait remarquer Duguit (64), s'il est exact de dire que les opérations d'exécutions matérielles ne sont pas par elles-mêmes juridiques en ce sens qu'elles ne visent pas à établir une situation de droit, elles tombent cependant sous l'emprise du droit, parce qu'elles sont déterminées par un but de service public, et comme telles, peuvent être la source d'une responsabilité. Or, il n'est pas niable qu'un défaut de publication — qui n'est pas si l'on veut un défaut d'exécution, mais un défaut de quelque chose qui aide à l'exécution — ne soit susceptible d'être préjudiciable à certains. Si donc l'on estime que le recours pour excès de pouvoir ne peut être alors accordé contre l'Administration, il n'est pas absolument sûr d'affirmer corrélativement qu'un défaut de publication ne peut être source de responsabilité administrative.

Mais si l'on examine plus avant les modalités des diverses publications, on s'aperçoit qu'il est impossible qu'un défaut de publication puisse constituer une source générale de responsabilité à l'encontre de l'Administration.

En effet, sauf là où un texte impose la publication, il est à peu près impossible de déterminer les actes qui doivent être publiés. En outre, lorsque la publication est prévue, il n'est pas dit dans quels délais elle doit intervenir. Enfin, il est parfois très difficile de déterminer la date à laquelle un acte est censé avoir été publié.

Il est des actes qui doivent être publiés. Les textes sont, en la matière, impératifs. Nous connaissons déjà le plus important

---

(61) Nous n'étudierons pas ici ce qu'il est convenu d'appeler « la publication administrative », c'est-à-dire le rappel par publication d'actes antérieurement publiés : ainsi le D. 31 décembre 1884 art. 2 qui ordonne en application des art. 92-94 *L.*, 3 avril 1884 que le *J.O.* (Edition des Communes) contenant les lois, décrets et institutions du Gouvernement, reproduits textuellement ou par analyse soit affiché « dans chaque commune au lieu le plus apparent », d. 5 novembre 1870, art. 3 qui ordonne aux Préfets et Sous-Préfets de prendre les mesures nécessaires pour que les actes législatifs soient imprimés et affichés partout ou besoin sera. *L.*, 5 avril 1884, art. 94 qui prévoit que le Maire doit par arrêtés, publier à nouveau les lois et règlements de police et rappeler les citoyens à leur observation. Ces mesures sont de simples mesures de rappel, sans aucun des effets de la publication: *C.E.*, 2 juillet 1929. Hébert, 673.

(62) V. *supra*, p. 87.

(63) *Cv.* 5 juillet 1932. *S.*, 1933-1-16. Cf. *Cv.*, 26 janv. 1938. *D.H.*, 1938, 137.

(64) *Les transformations du Droit public*, p. 168.

d'entre eux : le décret du 5 novembre 1870 relatif à la publication des lois et décrets, dont les termes sont généraux et ne permettent de distinguer ni entre lois matérielles et formelles, ni entre décrets réglementaires ou individuels (65).

L'article 96 de la loi du 5 avril 1884 exige la publication des arrêtés du Maire lorsqu'ils contiennent des dispositions générales.

L'article 56 de la même loi exige l'affichage par extraits des délibérations du Conseil Municipal (66) dont l'article 57 organise la transcription sur un registre coté et paraphé par le Sous-Préfet ou le Préfet, l'article 58 permettant aux administrés d'en demander communication (67).

La loi du 10 août 1871 n'établit pas un mode général de publication des délibérations du Conseil Général. L'article 31 stipule seulement qu'un compte-rendu sommaire et officiel doit en être tenu à la disposition de tous les journaux du département L'article 32 autorise tout contribuable ou électeur du département à exiger communication sans déplacement et à prendre copie de toute délibération du Conseil Général, ainsi que des procès verbaux des séances publiques et à les reproduire par voie de presse. L'article 87 prévoit que les budgets et comptes du département définitivement réglés sont rendus publics par la voie de l'impression. Mais on ne peut affirmer que soit organisée la publication des délibérations du Conseil Général (68). Il en est de même pour la Commission Départementale, l'article 88 de la loi de 1871, prévoyant seulement que pour les matières visées à l'article 86 (Chemins vicitnaux ordinaires) et à l'article 87 (approbation du tarif cadastral), les décisions seront communiquées au Préfet et à toute partie intéressée, sans régler aucunement les modalités de cette communication.

Il y a donc là une lente dégradation des mesures de publication. Mais, hormis les actes que nous venons d'énumérer, il n'est pas prévu de publication d'aucun autre acte administratif. C'est ainsi que ne sont pas soumis à publication tous les actes des autorités réglementaires, autres que ceux prévus à l'article 96 de la loi de 1884 — qu'il s'agisse d'arrêtés préfectoraux ou ministériels ; même si ceux-ci édictent une mesure réglementaire.

Toutefois, la jurisprudence exige qu'une certaine publicité suffisante (69) ait été alors faite dans les formes accoutumées (70). Mais on voit qu'il est impossible aux administrés de demander qu'une publicité soit faite, les formes accoutumées pouvant être très imprécises.

---

(65) *C.E.*, 8 février 1929, Ott p. 172. Cf. Lefas « La promulgation des lois dans l'enceinte du Parlement ». *R.D.P.*, 1927, p. 672 : une loi n'est opposable aux parlementaires, même s'ils en ont eu autrement connaissance, que si elle a été publiée.

(66) Cet affichage fait courir les délais dans lesquels doit être intenté le recours prévu par l'art. 66 de la *L.* 1884.

(67) *C.E.*, 21 mai 1926 Mario. *D.H.*, 1926, p. 366: le registre est un procédé légal de publication s'il est régulièrement tenu.

(68) *C.E.*, 24 juillet 1925, Commune de Humer, *D.*, 1926-3-61 n. Monsarrat.

(69) *C.E.*, 27 janvier 1922, Leca 86. 13 janvier 1947 *Kirch S.*, 1947 3.100 n. *J.D.*

(70) *Crim.*, 10 avril 1919. *S.*, 1920-1-11. *Crim.*, 14 déc. 1923. *S.*, 1924-1-137.

Nous ne parlons évidemment ni des lois, ni des décrets publiés et dont la publication est faite sous forme écrite par inscription au *Journal Officiel* (71) non plus que de la publication des arrêtés réglementaires du Maire, l'affichage prévu par l'article 96 de la loi de 1884 étant aux yeux de la jurisprudence un mode suffisant de publicité (72).

Mais il faut noter que la transcription des arrêtés municipaux (art. 58, loi 1884) n'est pas une publication, mais seulement un mode de preuve de la publication (73).

Il sera difficile aux individus d'exiger que soit faite une publication, lorsqu'on ne sait quel mode de publication doit être adopté. C'est ainsi qu'il a été jugé que l'insertion des actes municipaux au Bulletin Municipal était un mode suffisant de publication (74), alors qu'en d'autres cas, il avait été considéré comme insuffisant (75).

Car il n'y a pas de critérium juridique permettant de dire qu'un acte doit être publié ou même notifié. Après avoir décidé que devait être publié tout acte insusceptible de notification (76) ; la jurisprudence abandonna ce critère (77) et se borna à dire qu'il y avait là « une question de fait » laissée à l'appréciation des juges. En effet, il est impossible de prendre en considération la nature même de l'acte pour savoir s'il doit être publié ou non : le décret de 1870, nous l'avons vu, ne distingue pas entre décret réglementaire ou individuel, et le Conseil d'Etat a souvent jugé qu'un décret individuel devait, en certaine occasion, être publié (78).

Excepté certains actes, il est impossible aux administrés de savoir à l'avance quels actes et sous quelle forme doivent être publiés. On comprend donc qu'à leur égard, aucune obligation de publier ne puisse exister à la charge de l'Administration.

Le problème reste cependant entier à l'égard des actes dont la publication est formellement prévue : lois, décrets, arrêtés réglementaires du Maire. Pour Carré de Malberg (79), la publication des lois et décrets est essentiellement une obligation du Gouvernement, qui, selon Duguit, doit être exécutée dans les délais de la promulgation (80). Cette dernière affirmation n'est fondée sur aucun texte. Il est peut-être regrettable qu'il n'en soit autrement. Mais on est obligé de constater qu'en pratique, bien des lois sont publiées longtemps après leur promulgation.

---

(71) L'insertion au bulletin des lois n'existe plus depuis la Loi du 19 avril 1930 et le *D.*, 31 mars 1931 (qui a supprimé le *bulletin des Lois*).

(72) *Crim.*, 10 août 1916, *D.*, 1916-1-281. *C.E.*, 26 novembre 1926. Fournier 1028, 29 novembre 1928 abbé Blettit 292. *Crim.*, 5 mai 1923, *S.*, 1923-1-398.

(73) *Crim.*, 11 juin 1915, *D.*, EP15-1-157.

(74) *C. E.*, 6 août 1927 Lagerot 973. *C.E.*, 27 janvier 1911 Richemond, *D.*, 1913-3-13 concl. Heilbronner (insertion au *Recueil des actes du département*).

(75) *Cv.* (1° espèce) 18 mars 1910. *S.*, 1912-1-119.

(76) *C.E.*, 9 août 1893 Chambre Syndicale des Entrepreneurs de voiture de place du département de la Seine. *S.*, 1904-3-33, n. Hauriou.

(77) *C.E.*, 24 janvier 1902 Avezard. S., 1904-3-33.

(78) *C.E.*, 8 juin 1923, *Association amicale des Fonctionnaires et agents des Préfectures de France*, 467.

(79) *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, I. p. 442.

(80) *Traiét de Droit Constitutionnel*, IV, 648.

Par ailleurs, aucun texte non plus ne permet de dire que publier est une obligation du Gouvernement. Le décret de 1870 se contente de dire que la publication résulte de l'insertion au *Journal Officiel,* l'article 96 de la loi de 1884, que les arrêtés réglementaires du Maire ne seront opposables qu'après publication. Il faut de plus remarquer que jamais un délai n'est prévu pour la publication, ce qui laisse à penser que le législateur n'a pas eu l'intention d'en faire une obligation, alors qu'au contraire, des délais sont fixés pour la promulgation. En outre, il faut signaler que les ordonnances des 27 novembre 1816 et 18 janvier 1817, toujours en vigueur (81), autorisent le Gouvernement à faire une publication d'urgence. C'est dire que l'opération n'est envisagée que sous l'angle matériel : en temps normal, publication par insertion au *Journal Officiel,* et pour des cas exceptionnels, publication par le Préfet par impression et affichage, partout où besoin est, sur ordre gouvernemental envoyé par télégramme (82).

En outre, le Gouvernement paraît être autorisé, si l'on en croit les termes d'un arrêt Le Marhadour (83), en raison de circonstances exceptionnelles nées de l'état de guerre, à ne pas publier une loi au *Journal Officiel,* à condition d'en faire connaître les dispositions à chaque intéressé par voie de notification individuelle. (Il s'agissait de la loi du 8 novembre 1941, instituant la position du congé d'activité pour les officiers ayant droit à la pension d'ancienneté).

Enfin, ce qui constitue à nos yeux un argument supplémentaire en faveur du caractère d'acte matériel de la publication, est l'impossibilité de connaître de façon « juridique » l'arrivée du *Journal Officiel* au chef-lieu d'arrondissement, date très importante puisqu'elle détermine le moment à partir duquel la loi est opposable. A Paris, le *Journal Officiel* est généralement mis à la diposition du public le jour de sa parution : mais celui du 1er janvier, annonçant annuellement la loi budgétaire est presque toujours publié avec deux ou trois jours de retard, ce qui a une incidence sur le délai d'opposabilité des lois. Car, une loi du 31 décembre, publiée au *Journal Officiel* le 1er janvier, lequel a été mis en vente le 3, n'est dès lors obligatoire que le 5, ce qui valide tous actes conclus contrairement à ses dispositions entre le 1er et le 5 janvier.

Il s'agit donc de savoir à quel moment la publication est faite. Ainsi que nous venons de le voir, ce ne peut être qu'une question de fait laissée à l'appréciation souveraine du juge (84). Ce qui détermine celle-ci, c'est l'arrivée « matérielle » du *Journal Officiel* en un endroit donné. Le fait que la loi n'a établi ni fiction, ni présomptions, montre que jamais elle n'a voulu considérer

---

(81) Sur ce point cf. Revel : « *La publication des lois, des décrets et des autres actes de l'autorité publique* », p. 82 à 95.

(82) Il semble qu'à l'heure actuelle la T.S.F. pourrait « juridiquement » être utilisée à la place du télégramme et peut être aussi le téléphone.

(83) *C.E.*, 30 mai 1947, *D.*, 1948. Somm. 2.

(84) En ce sens Trib. Cv. Seine 8 novembre 1938. *D.C.*, 1941, *J.* 9, n. P. Voirin. Cf. *Cv.* 26 janvier 1938, *D.H.*, 1938, 147 où il est dit que l'expression « parvenu au chef-lieu de l'arrondissement » doit s'entendre en ce sens qu'est pris en considération, non le jour où le *J.O.* est parvenu à l'hôtel des Postes mais celui où il a été distribué à la Préfecture ou à la Sous-Préfecture.

la publication comme un acte juridique. Compte tenu aussi de l'impossibilité de déterminer le domaine de la publication, de la non-fixation de délais pour publier, il semble que l'on puisse valablement affirmer qu'un simple particulier ne peut voir ses droits violés par le défaut de publication en tant que tel.

Il en serait autrement, et la responsabilité des Pouvoirs publics pourrait être engagée, si le défaut de publication était accompagné de l'exécution de l'acte dont la publication était cependant obligatoire. Car, ainsi que nous le verrons, l'acte non publié, quoique valable, est inopposable. La responsabilité des Pouvoirs publics serait à notre sens certainement engagée, s'il était porté atteinte à une situation juridique individuelle, par suite de l'exécution d'un acte non publié, modifiant par exemple un acte qui, lui, avait été régulièrement publié (85).

§ 2. — *Les effets de la Publication.*

Les textes relatifs à la publication des lois, décrets et actes des autorités administratives, décident tous que ces divers actes deviennent opposables aux individus après un certain délai, à partir du jour de leur publication effective.

Aux termes du décret du 5 novembre 1870, les lois et décrets ne sont obligatoires, à Paris, qu'un jour franc après la publication au *Journal Officiel* et en province, qu'un jour franc après l'arrivée du *Journal Officiel* au chef-lieu de l'arrondissement.

Les règlements municipaux de police ne sont obligatoires selon l'article 95 de la loi de 1884, qu'un mois après la remise de l'ampliation constatée par un récépissé délivré par le Sous-Préfet (D., 5 novembre 1926, art. 47) ou le Préfet.

L'article 66 de la loi de 1884 autorise le recours pour excès de pouvoir contre les délibérations du Conseil Municipal, seulement 15 jours après l'affichage à la porte de la Mairie du compte-rendu des séances prévu par l'article 56.

Là où les textes sont muets, il a bien fallu que la jurisprudence intervienne. Et l'opposabilité n'existe qu'à partir du jour où l'acte a été porté à la connaissance des intéressés dans les formes accoutumées (86), étant entendu qu'il est inopposable à ceux à qui il n'a pas été notifié, même s'il est prouvé qu'ils en ont eu autrement connaissance (87). Ceci a pour but de permettre aux intéressés l'exercice du recours pour excès de pouvoir, d'éviter qu'ils ne soient forclos.

Mais ceci étant dit, l'acte n'étant opposable qu'un certain temps après sa publication, celle-ci pouvant être faite très tardivement (88), les administrés qui, nous l'avons vu, n'ont aucun droit à exiger la publication d'un acte, peuvent-ils cependant exiger l'exécution de cet acte ? Spécialement, qu'une décision soit prise, en vertu de l'acte non encore publié ?

---

(85) Cf. *infra*, par analogie, p. 171 non publication des traités.

(86) *Crim.*, 14 décembre 1932. *S.*, 1934-1-138 n. Roux.

(87) *C.E.*, 22 avril 1932, Tettelin. *D.*, 1932-3-13.

(88) Nous ne traitons pas ici, bien entendu, de l'exécution d'urgence : cf. *D.*, 3 novembre 1870, art. 2, al. 2, art. 95, *L.*, 3 avril 1884.

Au premier abord, il semble que non. Cependant, en examinant la jurisprudence, on s'aperçoit du contraire. Car, la publication n'a pour effet que de rendre opposable un acte ; c'est seulement après publication et expiration d'un certain délai qu'il est possible de contraindre les individus à obéissance à l'égard des dispositions publiées (89). Mais le défaut de publication n'entache pas la validité d'un acte. Toute décision administrative, prise en exécution d'un texte non publié, est donc valable.

Ceci a été contesté par certains. Tout particulièrement par Laband (90), pour lequel la publication est un élément de validité de l'acte. Mais cette opinion est inacceptable, car elle repose sur une erreur initiale. En effet, pour Laband, la publication fait seule connaître la promulgation, c'est-à-dire l'existence de la loi, car pour lui, il n'y a pas de loi sans promulgation. Or, ainsi que nous l'avons vu, la promulgation n'est pas un acte législatif : en droit français, la loi est parfaite dès que votée (91).

Le doyen Hauriou, au contraire, a formulé en termes clairs les solution de la jurisprudence. « La publicité », dit-il, « que doit recevoir une décision après qu'elle est devenue exécutoire, n'est pas considérée comme un élément de forme de l'acte » (92). Il en est autrement pour les formalités de publicité antérieure (telle l'enquête préalable à la déclaration d'utilité publique) ou concomittantes, qui, elles, concourent à la formation de l'acte. En sorte que « les décisions de l'Administration, décrets, arrêtés ministériels ou autres, ont force exécutoire dès leur émission, indépendamment des formalités de publicité ou d'approbation, qui doivent se produire après... La notification ou la publication n'ont d'importance que pour rendre la décision opposable et pour faire courir les délais de recours (93).

L'Administration, affirme ainsi la jurisprudence, peut donc prendre toutes mesures d'exécution (ce qui permet de dire qu'on peut lui demander de prendre toute mesure d'exécution) (94) fondées sur un texte non encore publié. En premier lieu, il faut que l'acte non publié ait par lui-même valeur légale (95). En second lieu, il ne faut pas qu'ait été expressément prévue la nullité de toute décision prise antérieurement à sa publication (96). Ces deux

---

(89) En conséquence un texte abrogé demeure en vigueur tant que ne sont pas expirée les délais de publication de l'acte qui l'a abrogé : *C.E.*, 16 avril 1943 Lanquetot, *S.*, 1943-3-41, conclusion Léonard.

(90) *Droit public de l'Empire allemand.* Edit. Française T. 2, p. 73.

(91) V. *supra*, p. 88.

(92) Hauriou n. sous *C.E.*, 27 mars 1914, Laroche *S.*, 1914-3-97.

(93) Hauriou n. sous *C.E.*, 18 juillet 1913 Syndicat National des Chemins de fer de France et des Colonies. *S.*, 1914-3-2 (col. 1) concl. Heilbronner p. 4, col. 2. « Ce n'est pas la publication d'un décret qui lui donne la validité, l'existence légale ; cette existence légale est indépendante de la publication ».

(94) *C.E.*, 2 février 1906 Clément 98-19 février 1904 Berrier, *S.*, 1906-3-73. 5 février 1908 dame Mas 1002, 8 janv. 1909 Dlle Malaval 15-17 février 1900 Desnoyers, *S.*, 1902-3-56, 7 mai 1909 Association de Bienfaisance pour l'extinction de la mendicité 471, 7 janv. 1910 Schiltz 5-11 avril 1913 dame Camus 587, 27 juin 1913 Cornus 764, 19 mars 1926 Daumas, *D.*, 1930-3-71, 21 octobre 1931 Catherine, *G.P.*, 1931-2-904, 24 mai 1936 de Noblet d'Angure, *S.*, 1935-3-120, 27 mars 1936 Bonny, *S.*, 1937-3-89, 26 août 1941 Mariojouls, *S.*, 1942-3-5.

(95) *Crim.*, 25 novembre 1933. *D.H.* 1936-3.

(96) Ainsi la loi de finance du 3 juillet 1911 qui déclare nulle toute nomination qui n'a pas été insérée au *J.O.* avant la démission du Ministre qui l'a décidée.

points étant acquis, l'acte est valablement pris : c'est ainsi que l'on put voir le 8 août 1926, quand les deux Chambres eurent voté la création de la Caisse d'amortissement, le Président de la République promulguer immédiatement la loi et proposer, le jour même, de donner consécration constitutionnelle aux dispositions essentielles de la loi ; si bien que la loi fut mentionnée avec sa date dans un texte officiel, avant même d'être publiée.

Mais, si la validité de l'acte ne peut être contestée, si l'Administration peut prendre librement toute mesure d'exécution, les administrés, par contre, restent libres de ne pas s'y plier, tant que le texte n'est pas publié, car jusque là, il ne s'impose pas à eux (97).

L'acte non publié est donc doué de validité, mais non d'efficacité. Ceci n'a rien qui puisse étonner. Le droit international public repose presque en son entier sur l'opposition de ces deux notions et aussi des institutions de droit civil, telles que les obligations à terme suspensif.

La publication répond à ce besoin de justice, que ne peut être frappé celui qui n'avait pas connaissance des obligations qui lui incombaient. Elle n'a pour but que de faire connaître l'existence d'un acte, et à ces fins établir une présomption de connaissance de celui-ci. D'où il découle un certain nombre de conséquences qui sont les suivantes : sauf exception, la publication fait connaître le contenu intégral de l'acte dont le texte publié fait seul foi (98) et son caractère exécutoire. Mais ceci, uniquement à l'égard des individus qui sont « tiers » par rapport à l'acte : celui-ci, valable avant sa publication, ne peut leur être imposé qu'après publication (99) qui est alors une formalité substantielle et ne peut être suppléée par aucune autre (100).

Or, l'Administration n'est pas tiers par rapport à l'acte non publié. Elle en connaît l'existence par la promulgation et, à ce titre, il lui est reconnu le droit d'exercer un recours pour excès de pouvoir, à dater du jour où elle a eu le texte en mains, même si celui-ci ne lui a pas été notifié (101).

On risque dès lors de se trouver devant cette situation paradoxale : l'administré peut exiger que l'Administration prenne une décision en vertu d'un texte non publié, mais non qu'elle l'exécute en sa faveur... puisqu'elle ne lui est pas opposable.

La publication faite pour protéger les tiers peut donc leur nuire. Ceci est anormal. Les individus sont à notre avis, en droit de demander que leur soit attribué le bénéfice d'une disposition non publiée. L'Administration ne peut, en effet, valablement se retrancher derrière un défaut de publicité, formalité qui a été seulement établie dans l'intérêt des tiers, et à laquelle ceux-ci peuvent renoncer, dès qu'elle ne leur est pas profitable.

Cependant, il faut tenir compte du fait que souvent, un texte qui accorde des avantages aux uns, établit corrélativement des

---

(97) Concl. Renaudin, arrêt Bonny *précité*. Req. 29 février 1932. *S.*, 1932. L. 125. *Crim.*, 27 novembre 1941, *D.A.*, 1941, J., 60.

(98) Compte tenu de la question des « errata ».

(99) *C.E.*, 10 mai 1912 Suzanne 544. Arrêt Bonny *précité*.

(100) *Crim.*, 7 mai 1909. *S.*, 1911-1-604. *Crim.*, 5 mai 1923. *S.*, 1923-1-398.

(101) Hauriou *n. au S.*, 1910-3-33 (3° col.).

charges à l'égard des autres. Ceux-ci ne vont donc pas demander la publication, ni l'exécution de l'acte à leur détriment. Leur imposer cette exécution, alors qu'elle n'est pas encore obligatoire pour eux, serait commettre une illégalité. En conséquence, dans cette hypothèse, on ne peut reconnaître au bénéficiaire d'une loi non encore publiée, le droit d'en réclamer l'exécution à l'Administration qui en ferait ainsi porter le poids sur des individus à l'égard desquels elle n'est pas encore obligatoire.

Il doit en être de même à notre sens, lorsque l'exécution avant publication avantagerait certaines personnes par rapport à d'autres qui, par suite du défaut de publication, n'auraient pu avoir connaissance de l'acte. Il y aurait là une atteinte au principe de l'égalité. Ceci n'est pas une hypothèse d'école. Nous avons signalé que, surtout dans les régimes de confusion de pouvoirs, un très grand nombre de dispositions prises par les « bureaux » n'étaient publiées que très tardivement, bien après leur élaboration. Permettre à certains « plus près des dieux », d'en demander l'application, serait préjudicier aux droits de ceux qui, mal placés, trop éloignés, peu en cour, n'auraient pu en avoir connaissance.

Compte tenu de ces importantes réserves, on peut valablement affirmer qu'un acte non publié peut être exécuté « effectivement » tant qu'il ne nuit pas aux droits des tiers.

Sous-Section 2. — L'inexécution des lois

Ainsi que nous l'avons vu, les textes constitutionnels attribuent à l'exécutif la fonction d'assurer et de surveiller l'exécution des lois. L'exercice de cette compétence lui confère ce que l'on apelle le pouvoir réglementaire, c'est-à-dire le pouvoir de prendre, par voie générale ou spéciale, des décisions exécutoires qui, en raison de l'organisation de l'Administration française, sont soumises dans leur quasi totalité à un contrôle juridictionnel. C'est en cela que se différencient Pouvoir Législatif et Pouvoir Exécutif. Le premier bénéfice d'une indépendance totale à l'égard du juge qui ne peut apprécier ses décisions en raison du caractère souverain de l'organe législatif. Ce caractère n'étant pas reconnu à l'exécutif pour des motifs politiques auxquels il a été donné un déguisement métaphysique, le juge contrôle son activité qui doit être conforme à la loi. C'est le règlement qui est subordonné à la loi et non pas l'autorité exécutive à l'autorité législative, car s'il est permis, afin d'interpréter un texte délicat de rechercher l'intention du législateur, celle-ci autorise des directives mais n'impose aucune obligation. On a réussi ainsi à garantir les administrés contre l'arbitraire gouvernemental.

Le premier effet de ceci est d'interdire au règlement d'édicter aucune disposition contraire à la loi : le recours pour excès de pouvoir et l'exception d'illégalité sanctionnent cette règle. En conséquence, l'Administration peut seulement prendre les mesures réglementaires propres à assurer l'application des lois (102) et, à ce titre, est autorisée à ajouter à la loi (à condition de la

(102) Carré de Malberg : «*Conrtibution à la Théorie de l'Etat* ». T. 1, p. 647.

respecter), spécialement dans la mesure où cela est nécessité par son application (103).

Il faut noter cependant que l'Administration a le pouvoir d'édicter des règlement autonomes qui n'ont pas pour but d'exécuter une loi. On peut discuter sur l'étendue de ce pouvoir, le restreindre à l'organisation intérieure des services publics ou à la police (104). Il n'en est pas moins limité par le fait que certaines matières sont traditionnellement réservées à la compétence législative (105).

Ce respect de la légalité conduit à penser qu'il n'appartient pas au Gouvernement de suspendre ou de refuser l'exécution de la loi : il y a là une illégalité, par inaction ou refus d'action. Nous verrons qu'il n'y a pas nécessairement illégalité et que l'Administration jouit d'une certaine marge de pouvoir discrétionnaire.

Mais les faits et la jurisprudence montrent aussi que ce pouvoir discrétionnaire, est reconnu lorsque la loi l'autorise (106) ou lorsque les circonstances le justifient. En ces hypothèses, l'Exécutif prend la décision positive de ne pas exécuter la loi.

Nous étudierons donc sous deux rubriques différentes : d'une par mesure négative.

I

L'inexécution de la loi par mesure positive

C'est l'atteinte au principe de légalité la plus flagrante et la plus réprimée. Il y a là une illégalité dont on peut toujours exciper devant un tribunal judiciaire, un excès de pouvoir qui permet au juge administratif de prononcer la nullité de l'acte qui en est entaché.

Mais sous la pression de circonstances particulièrement graves, il est apparu que le principe de légalité était trop rigide et qu'à vouloir respecter les intérêts particuliers on mettait en jeu l'existence de la collectivité tout entière. Assurer dans ces conditions, la marche des services publics et la vie du pays, peut s'avérer impossible. Aussi, a-t-on le droit de se demander si, dans des circonstances anormales et exceptionnelles, il ne devra pas être reconnu au Gouvernement (donc à l'Administration) des pouvoirs exceptionnels, la légalité pliant ainsi devant la nécessité.

Ceci ne signifie pas que l'on érige en principe l'arbitraire gouvernemental, que l'on recourra à la simple raison d'Etat, raison déraisonnable et déraisonnante. Il s'agit seulement de déterminer dans quelle mesure peut être augmentée la marge discré-

---

(103) *C.E.*, 28 avril 1929 Union des voies ferrées et transports automobiles.

(104) Sur ce point formellement reconnu : *C.E.*, 8 août 1919 Labonne 737, cf. Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel* 2° éd. T. 4, § 48, p. 714 et s.

(105) V. *supra*, p. 43, cf. *C.E.*, 28 février 1947. Syndicat français des Directeurs de Cinéma. *S.D. J.*, n° 3 Mars-Avril 1947, p. 31 : excès de pouvoir à créer des taxes dont aucune loi n'autorise la perception.

(106) *C.E.*, 23 octobe 1946; Audurier : Loi déléguant à un ministre le pouvoir de prendre des mesures par arrêté « nonobstant toute disposition législative contraire ».

tionnaire du Gouvernement dans son rôle d'exécuteur de la loi. La politique et l'économie ont leurs droits, mais qui ne peuvent aller jusqu'à la suspension ou la suppression de ceux des simples particuliers.

Tant et si bien que l'inexécution de la loi par mesure positive, quoique guidée par des mobiles politiques, n'en doit pas moins rester juridiquement contrôlée. C'est pourquoi la première solution à laquelle l'on songe, est d'établir préalablement un régime spécial destiné à entrer en vigueur par décision du Gouvernement, lorsque celui-ci estimera que certaines circonstances le nécessitent. La loi du 8 août 1849 prévoit en ce sens le régime de l'Etat de siège. Mais, ainsi que nous le verrons, précisément parce qu'il est préétabli, il risque de s'avérer insuffisant, incapable de prévoir toutes les difficultés de la situation, insusceptible donc d'adaptation. En outre, en tant que tel, il implique chez le législateur une méfiance à l'égard du Gouvernement, auquel il n'est laissé qu'une marge discrétionnaire assez étroite.

C'est pourquoi il a paru préférable de recourir à une autre procédure. Nous voulons parler de celle qui résulte du vote des lois de pleins pouvoirs. Par ces lois, le Parlement autorise le Gouvernement à prendre en certaines matières (mais vaguement déterminées) et dans certains délais, des décisions par voie de décret susceptibles d'abroger ou de suspendre les lois préexistantes. C'est là le régime des décrets-lois. Le principe de légalité est bien respecté puisque ces pouvoirs exceptionnels sont pris en vertu d'une loi spéciale, dite d'habilitation. Mais, en façade seulement, puisque le décret-loi peut aller à l'encontre de la loi. Généralement il est prévu une procédure de ratification parlementaire. Ce n'est qu'une action politique non juridique. On peut en rapprocher la pratique anglaise du « bill of indemnity » accordé au Gouvernement qui a pris sur lui, sans autorisation parlementaire préalable, de violer certaines lois.

Car il est des circonstances où l'urgence de l'action oblige le Gouvernement à ne plus respecter la loi. Sans doute il peut espérer un jour être couvert par le Parlement qui validera rétroactivement ou pour l'avenir, les atteintes qui auront pu être portées aux droits des administrés. Mais entre temps, ceux-ci auront saisi les tribunaux des diverses violations de la loi dont ils auront été les victimes. Et les tribunaux se seront ainsi prononcés sur l'action gouvernementale, évaluant dans chaque cas la marge de pouvoir discrétionnaire qui pouvait être abandonnée au Gouvernement. D'où l'échafaudage d'une théorie toute spéciale qui est celle dite des « pouvoirs de guerre ».

La France a connu ces trois régimes d'inexécution « légale » de la loi. Nous les étudierons successivement afin d'essayer de déterminer le contenu des pouvoirs gouvernementaux en temps « anormal », en temps de crise.

§ 1er. — *L'Etat de siège.*

Quoiqu'on puisse de prime abord en penser, l'état de siège respecte le principe de légalité. Ce caractère se retrouve tant à propos de son mode d'établissement qu'à propos de son régime proprement dit.

En effet, l'établissement de l'état de siège n'est pas laissé au pouvoir discrétionnaire de l'exécutif (107). C'est en principe au législatif qu'incombe de prendre les décisions et de contrôler l'action de l'exécutif. Sur ce point, la loi de 1848 a été précisée par la loi du 3 avril 1878.

D'après celle-ci, l'état de siège ne peut être déclaré que par une loi, en cas de « péril imminent, résultant d'une guerre étrangère ou d'une insurrection à main armée », ce qui doit s'entendre non seulement d'une guerre déclarée ou d'une insurrection déclarée, mais encore d'une guerre ou d'une insurrection imminente. Cela est la procédure normale lorsque les Chambres sont en session. Quand elles sont hors session, le Président de la République peut décréter l'état de siège « de l'avis du Conseil des Ministres » : mais les Chambres doivent se réunir deux jours après. Si la Chambre des Députés est dissoute, le Président de la République ne peut exercer ce droit, sauf s'il y a guerre étrangère et pour les territoires menacés par l'ennemi, à la condition de convoquer les collèges électoraux.

Lorsque l'état de siège a été déclaré par une loi, les Chambres étant en session et sa durée ayant été fixée par la loi, il est levé de plein droit à l'expiration du délai, à moins qu'une loi nouvelle n'en prolonge les effets.

Dans les deux autres cas (Chambre hors session — Chambre des Députés dissoute), les Chambres, quand elles sont réunies, maintiennent ou lèvent l'état de siège. En cas de dissentiment entre elles, l'état de siège est levé de plein droit.

L'établissement et la levée de l'état de siège sont donc soumis à un efficace contrôle parlementaire. Si l'on ajoute que la durée et le domaine d'application territorial peuvent être déterminés par la loi, on est obligé de constater que les pouvoirs de législatif risquent d'être assez limités au point de vue externe.

Mais ceci se manifeste encore davantage dans l'exercice du pouvoir que confère l'état de siège au Gouvernement.

En effet, ce régime consiste essentiellement en une passation des pouvoirs de police, des autorités civiles aux autorités militaires. Celles-ci d'ailleurs en prennent ce qui leur convient, laissant le reste aux autorités civiles. Leurs arrêtés réglementaires de police sont sanctionnés comme en temps normal par l'article 471-15° du Code pénal.

Toutefois, les autorités militaires reçoivent des pouvoirs exceptionnels de police strictement énumérés par l'article 9 de la loi de 1849 : droit de perquisitionner de jour et de nuit dans le domicile des citoyens, d'éloigner les repris de justice et les individus qui n'ont pas leur domicile dans les lieux soumis à l'état de siège, d'ordonner la remise des armes et des munitions, et de procéder à leur recherche et à leur enlèvement, d'interdire les publications et les réunions qu'elles jugent de nature à exciter ou à entretenir le désordre.

---

(107) Sous le régime Constitutionnel de 1940, il en était autrement, le Chef de l'Etat cumulant le pouvoir exécutif et législatif. A ce titre l'acte Constitutionnel n° 2 § 8 lui conférait le pouvoir de déclarer ou de lever l'état de siège pour tout ou partie du territoire.

Enfin, l'état de siège étend dans une très large mesure la compétence des tribunaux militaires (L. 27 avril 1916, article 6).

Mais il n'y a rien dans ces dispositions qui porte atteinte au principe de la légalité. Sans doute, on peut dire que l'état de siège crée « dans l'opinion et jusque chez les autorités gouvernementales, administratives et juridictionnelles, une mentalité spéciale, favorable au pouvoir et tendant par conséquence à admettre avec plus de facilité les sacrifices individuels à l'intérêt général » (108).

Sans doute, l'autorité militaire prend des décisions plus sévères et les exécute plus rapidement, sans doute les tribunaux militaires ne présentent pas les mêmes garanties de procédure, ni les voies de recours assurées en période normale.

Mais il n'en demeure pas moins que l'autorité militaire est simplement substituée à l'autorité civile en matière de police et que là où des pouvoirs spéciaux lui sont conférés, elle ne peut les outre passer. Les libertés publiques ne subissent des diminutions que sur des points précis (109). Car l'article 7 de la loi de 1849 dispose que « les citoyens continuent nonobstant l'état de siège d'exercer tous ceux des droits garantis par la Constitution dont la jouissance n'est pas suspendue en vertu des articles précités » (110).

L'état de siège n'est donc pas un régime de suppression, mais d'aménagement du principe de légalité. A ce titre les garanties des administrés sont respectées (111). Mais en revanche, les pouvoirs gouvernementaux manquent d'efficacité. A l'épreuve des faits, le régime a montré son insuffisance. D'où la tendance du Gouvernement à demander au législateur de lui accorder des pouvois exceptionnels lui permettant formellement d'aller à l'encontre des lois.

Car cela constitue une autorisation préalable de l'action gouvernementale, à défaut de laquelle celle-ci, sous la pression de l'urgence et de la nécessité, se trouve obligée de recourir à des moyens irréguliers, sans fondement légal et dont elle ne sait si ultérieurement la validité sera reconnue par les tribunaux. Ceux-ci ont eu à échafauder la théorie dite « des pouvoirs de guere » qui, dans une certaine mesure, justifie quelques-uns des actes illégaux de l'Administration. Mais cette théorie est un pis aller car personne ne sait à l'avance — Administration et administrés — quel est le domaine précis de ces pouvoirs de guerre.

Aussi, instruit par l'expérience de la guerre de 1914, le Gouvernement a obtenu le vote de la loi du 11 juillet 1938, relative

---

(108) Barthélémy *R.D.P.*, 1915, 547.

(109) *C.E.*, 23 juillet 1941, Mazieux *D.C.*, 1941, *J.*, 133.

(110) Aussi, la Cour de Cassation a toujours interprété strictement l'art. 9 (*Cass.*, 20 avril 1916-1917-1-25). Il n'en a pas toujours été de même du *C.E.* : v. 6 août 1915 Delmotte et Senmartin (275). Concl. Corneille 28 février 1919, *S.*, 1919-3-33, n. Hauriou, 16 mai 1941 Courrent, *S.*, 1942-3-18, 7 janvier 1944 Lecoq, *J.C.P.* 1944, n° 32, n. Charlier.

(111) Le régime de l'état de siège est donc bien plus respectueux des droits individuels que la Constitution du 22 Frimaire An VIII qui stipulait que : « Dans le cas de révolte à main armée ou de troubles qui menacent la sûreté de l'Etat, la loi peut suspendre dans les lieux et pour le temps qu'elle détermine, l'empire de la Constitution. Cette suspension peut être provisoirement déclarée dans le même cas, par un arrêté du Gouvernement, le Corps législatif étant en vacance, pourvu que ce corps soit convoqué au plus court terme par un article du même arrêté ».

à l'organisation de la Nation en temps de guerre. Cette loi autorise le Gouvernement à opérer des réquisitions personnelles et de biens, à interdire le droit de grève, à supprimer la liberté des conventions. C'est une main-mise à peu près totale sur la vie économique et sociale du pays. Mais, du point de vue qui nous intéresse, le Gouvernement en prenant les mesures que nous venons de signaler brièvement, ne fait qu'exécuter la loi. C'est en vertu de la loi du 11 juillet 1938, qu'il est autorisé à inexécuter d'autres lois. Son action est donc parfaitement légale.

Il ne faut donc pas confondre les pouvoirs issus de cette loi, et ceux reconnus au Gouvernement par les lois dites de pleins pouvoirs. Car ces dernières font mieux que de permettre l'inexécution des lois, puisqu'elles en autorisent l'abrogation en conférant à l'Exécutif une sorte de pouvoir quasi législatif.

§ 2. — *Les lois de pleins pouvoirs.*

Au cours de la guerre de 1914-1918, le Gouvernement français, se prévalant de l'exemple de certains pays (Angleterre, Suisse) pourtant très attachés au principe de légalité, demanda par la bouche de M. Briand, en décembre 1916, au Parlement, de lui accorder les pleins pouvoirs qui lui permettraient de modifier les lois en vue de mener à bien l'effort de guerre. Le Parlement refusa cependant, et, par les lois du 6 mai 1916 et 10 février 1918, ne consentit au Gouvernement une extension de pouvoirs qu'en matière de tarifs douaniers et de production et de commerce des denrées alimentaires.

Pour résoudre les difficultés financières de l'après-guerre, le Ministère Poincaré obtint le vote de la loi du 22 mars 1924, qui l'habilitait à promouvoir de larges réformes administratives, nonobstant les lois en vigueur. Cette loi ne fut pas appliquée, les élections de mai 1924 ayant amené au Pouvoir une nouvelle majorité. La loi du 10 mars 1925 l'abrogea formellement. Mais le mouvement avait été donné : une loi du 3 août 1926 accorda les pleins pouvoirs au Gouvernement, et, à partir de 1934, une série de lois de pleins pouvoirs fut votée, jusqu'à celle du 8 décembre 1939 qui modifiait l'article 36 de la loi du 11 juillet 1938 et faisait alors du Gouvernement le véritable législateur.

Cette abdication du Parlement dans le domaine législatif se continue dans le domaine constitutionnel : par la loi du 10 juillet 1940, l'Assemblée Nationale abdiqua en toute souveraineté ses pouvoirs entre les mains du Maréchal Pétain. Aussi, n'est-il pas surprenant qu'avec l'instauration en 1944 du Gouvernement Provisoire de la République Française (qui cumulait, mais provisoirement les fonctions exécutive et législative — et non la fonction constituante), l'on ait assisté à une véritable levée de boucliers contre le régime des lois de pleins pouvoirs, accusé d'avoir porté atteinte à la souveraineté du Parlement — et aussi — c'est peut-être là la critique la plus juste — d'avoir abouti à une législation anarchique et confuse.

C'est pourquoi, malgré quelques opinions isolées demandant la constitutionnalisation et la règlementation du régime des

décrets-lois (112) la Constitution du 27 octobre 1946, reprenant ainsi l'article 56 du projet d'avril 1946, stipule dans son article 13, que « l'Assemblée Nationale vote seule la loi. Elle ne peut déléguer ce droit ».

Mais peut-être ce texte n'a-t-il pas la portée qu'on veut lui accorder. Il prohibe seulement la délégation du pouvoir législatif à l'Exécutif. Or la plupart des auteurs s'accordent à dire que les lois de pleins pouvoirs ne peuvent s'analyser en une telle délégation (113). Par ailleurs, le problème des décrets-lois est loin de n'offrir à l'heure actuelle qu'un intérêt historique. Car, beaucoup de dispositions législatives ont été modifiées et abrogées par cette procédure, et l'Administration prend toujours en conséquence des décision réglementaires ou individuelles fondées sur les diverses lois de pleins pouvoirs. Aussi, n'est-il pas inutile d'exposer à grands traits les modalités du régime des décrets-lois, et de rappeler les diverses théories qui ont recherché à l'expliquer ou à le justifier.

Le principe fondamental réside en ceci, que les décrets-lois sont des actes administratifs ayant force de loi. Comme tels, ils sont soumis au contrôle juridictionnel tant qu'ils n'ont pas été ratifiés par le Parlement, chaque loi de pleins-pouvoirs prévoyant, en effet, que ceux-ci sont accordés à temps, le Parlement se réservant, au terme d'un délai, d'accorder ou non sa ratification (114).

Les lois de pleins pouvoirs ne disent pas toujours expressément que les décrets-lois ont force de loi. Généralement la formule consiste en une permission d'agir « nonobstant toute disposition législative ». Mais il est facile d'inférer ce caractère de la généralité de l'habilitation accordée par la loi (115).

En conséquence, les décrets-lois peuvent modifier les lois existantes (116), édicter les peines (117). établir des impôts (118). Toutefois, ils ne doivent pas outrepasser les limites fixées à la compétence du Gouvernement par l'habilitation parlementaire. Ces limites sont fort imprécises. l'objet sur lequel il est permis à l'exécutif de légiférer étant déterminé de façon trop vague ou en termes trop généraux. Cependant, il arrive que la jurisprudence sanctionne des dépassements de compétence et déclare illégales les mesures prises en application de dispositions édictées en dehors des limites permises (119).

Par ailleurs, les décrets-lois ne peuvent être édictés que pour

---

(112) En ce sens, J. de Soto : « Le renforcement de l'Exécutif, », in « *Refaites une Constitution* », p. 236.

(113) V. *infra.* p. 115.

(114) *C.E.*, 27 janvier 1937, Hardy et Girard 107, cf. Rolland *n. au D.* 1937-3-33. Rusu : « Les décrets-lois dans le régime constitutionnel de 1875 », *Thèse Bordeaux*, 1942, p. 276 et s.

(115) *C.E.*, 15 mars 1933, Amiot 996, 6 juin 1934 Caron 638. Jèze « le contrôle juridictionnel des décrets-lois ». *R.D.P.* 1937, p. 501 et s.

(116) *C.E.*, 3 novembre 1933 Gilliet 996. 6 juin 1934 Caron 638, 26 février 1935 Lalande 251.

(117) *Crim.*, 22 février 1939 Aubert, *S.*, 1940-1-1.

(118) *Crim.*, 23 mai 1936 Francis.

(119) *C.E.*, 24 juillet 1945 X... 165, cf. Bonnard « *Précis de droit administratif* », 4° édit. p. 296 et s. Waline « *Manuel élémentaire de droit administratif* », 4° édit. p. 165.

l'espace territorial auquel s'appliquent les lois d'habilitation et doivent l'être dans les délais imposés par celles-ci (120).

On voit par là comment le principe de légalité a pu réapparaître et n'a pas été entièrement confisqué. Il contrôle en effet, toute la procédure d'élaboration des décrets-lois et évite ainsi dans une certaine mesure, l'arbitraire gouvernemental.

C'est en ce sens que le Conseil d'Etat a jugé qu'il était loisible aux décrets-lois de renvoyer à un règlement d'administration publique, à un décret simple, même à des arrêtés ministériels, pour que soient fixées ses modalités d'application, mais à la stricte condition de déterminer eux-mêmes, le principe des réformes. C'est là frapper d'illégalité toutes les sous-délégations par lesquelles le Gouvernement essaierait d'étendre ses pouvoirs (121).

Nous avons dit ce qu'il fallait penser, à notre sens, de l'obligation faite au Gouvernement de soumettre les décrets-lois à ratification : nous n'y reviendrons pas (122). Mais il nous faut dire un mot de cette ratification elle-même. C'est par elle, en effet, que s'effectue le contrôle parlementaire de l'activité gouvernementale, par elle que le décret ayant force de loi peut devenir une loi (123). Une fois ratifié, le décret-loi ne peut plus être contrôlé par le juge. Celui-ci même s'abstient de prononcer sur les recours à lui présentés, lorsque le décret-loi a été ratifié avant que sa décision n'ait été rendue (124). Il évite ainsi de se heurter à la solution du Parlement. Attitude sagement politique peut-être, mais certainement pas très juridique : car, c'est ainsi donner une portée rétroactive à la ratification.

Quoiqu'il en soit de cette controverse sur laquelle nous n'avons pas à prendre parti, une constatation s'impose. Le Gouvernement qui a le pouvoir de légiférer, d'abroger et d'inexécuter les lois préexistantes, est cependant soumis à un contrôle juridictionnel et politique. Le régime des décrets-lois n'est donc pas celui de l'arbitraire.

Bien des auteurs se sont efforcés de trouver une explication à l'étrange destinée juridique de ces actes provisoirement administratifs, éventuellement législatifs, dont le caractère répugne aux définitions usuelles issues des classifications juridiques traditionnelles.

On a prétendu que les lois d'habilitation étaient irrégulières, certaines matières étant expressément réservées au législateur. Il est exact que les lois constitutionnelles de 1875 prévoyaient que certaines matières ne pouvaient être réglées que par la loi (conditions d'élection des députés, composition, mode de nomination et attributions du Sénat, amnistie, accusation et instruction des jugements devant la Haute-Cour, cession, échange et adjonction de territoire). Mais aucune loi ne réserve formellement comme de compétence du législateur, les matières relatives

---

(120) Cass. 15 novembre 1937, D.H., 1938-18. *C.E.*, 5 janvier 1945. Bos et Cresp, 5.

(121) *C.E.*, 15 mars 1945 Société l'Union Normande, 51.

(122) V. *supra*, p. 52, n° 33.

(123) La ratification peut être implicite lorsque le Parlement se contente de modifier certaines dispositions adoptées par le Gouvernement. *C.E.*, 5 janvier 1945 Bos et Cresp. 5.

(124) *C.E.*, 6 février 1935, Syndicat du Commerce.

à la liberté individuelle, aux sanctions pénales, aux impôts. Ce soi-disant domaine coutumier est bien trop imprécis pour pouvoir lier le législateur.

On ne peut se fonder non plus sur l'article 3 de la loi du 25 février 1875. Ce texte qui fonde la compétence réglementaire du Président de la République, admet trop d'interprétations, pour qu'il soit possible d'y trouver l'interdiction faite au Gouvernement de légiférer par habilitation parlementaire. Car, si Esmein y voit seulement l'attribution d'une compétence d'exécution (125), Duguit en tire le droit de statuer réglementairement ab initio (126) et Hauriou le droit non seulement d'exécuter la loi, mais encore de veiller aux intérêts supérieurs de l'Etat (127).

La Constitution de 1875, était trop formelle, se contentant uniquement de régler le mode d'activité des Pouvoirs publics et non de lui assigner un objet précis. En tant que telle, elle n'interdit ni ne permet le régime des décrets-lois.

Aussi, les auteurs qui ont voulu justifier celle-ci ont-ils fait appel à d'autres notions.

On pouvait tout d'abord penser à un droit naturel de nécessité. Mais, outre que c'est là faire appel à la raison d'état et réintroduire l'arbitraire, un pareil argument ne peut être avancé, car la compétence exceptionnelle du Gouvernement lui a été accordée par des lois et non pas reconnu comme allant de soi.

Aussi, a-t-on dit que le Parlement, par la loi de pleins-pouvoirs, déléguait pour un temps et un but déterminé, au Gouvernement, sa compétence législative. Mais unanimement, la doctrine a repoussé cette théorie ; une compétence ne se délègue pas, car pour l'organe qui en est investi, elle ne constitue pas un droit, mais une obligation. De plus, s'il est ainsi reconnu au Gouvernement, compétence législative, rien ne devrait logiquement l'empêcher d'aller à l'encontre de la loi d'habilitation. Or, la jurisprudence, au contraire, cantonne les pouvoirs de l'Exécutif dans les limites de cette loi.

Duguit (128) a voulu voir dans la loi d'habilitation une sorte de ratification législative anticipée. Or, le recours pour excès de pouvoir est ouvert contre les décrets-lois ; il ne devrait pas l'être s'ils étaient considérés comme lois par anticipation.

On a enfin essayé de fournir une dernière explication (129). Les décrets-lois sont bien des décrets, mais parce que la loi d'habilitation a, au préalable, « déformalisé » les lois sur lesquelles les pleins pouvoirs étaient reconnus au Gouvernement les a déjà, en quelque sorte, ravalées au rang de simples décrets. Mais cette ingénieuse explication ne résiste pas à l'analyse. En effet, elle est d'abord incapable de nous dire en vertu de quels principes, le Gouvernement est autorisé, non pas à abroger un texte, mais à en établir un. On peu répondre à cela que la « déformalisation » joue, non pas tant à l'égard des lois, qu'à l'égard de certaines

---

(125) *Eléments de Droit Constitutionnel*, 8° édit. T. 2, p. 76 et s.

(126) *Traité de droit constitutionnel*, 2° éd. T. 4, p. 274 et s.

(127) N. sous arrêt Heyries. *S.*, 1922-3-49.

(128) *R.D.P.*, 1924, p. 325.

(129) Rolland *n. au D.*, 1937-3-33. Gouet : « *La question constitutionnelle des prétendus décrets-lois* ».

matières législatives. Mais les lois de pleins pouvoirs sont bien trop imprécises pour savoir ce qu'elles déformalisent. En outre, c'est le Gouvernement qui choisit les textes à modifier, ce qui revient à dire que c'est lui qui fixe le contenu de la déformalisation. Par ailleurs, les matières déformalisées deviennent alors réglementaires : va-t-on dès lors autoriser le recours pour excès de pouvoir à leur encontre ? ou bien faut-il postuler qu'elles ne sont déformalisées qu'à l'égard du Gouvernement seul ?

Il n'y a pas de justification juridique des décrets-lois. Dire que, dans le cas de crise grave, nécessitant des mesures urgentes que la procédure parlementaire empêche de prendre, le Parlement a le droit de reconnaître en certaines matières compétence législative au Gouvernement et de suspendre ainsi l'application de la hiérarchie des actes dans les rapports de la loi et du décret (130), c'est tout simplement formuler en termes juridiques, une constatation de fait et pas autre chose. Il s'était simplement créé une sorte de pratique constitutionnelle (131) justifiée en partie par la carence parlementaire et l'adhésion de l'opinion publique. Il n'est pas prouvé d'ailleurs que la législation par décrets-lois ait été plus efficace que la législation parlementaire.

§ 3. — *La Théorie des pouvoirs de guerre.*

Si la compétence accordée au Gouvernement par la législation sur l'état de siège est quelque peu élargie par l'esprit de l'institution, sinon par la lettre, elle est notablement accrue par les lois de pleins pouvoirs et certaines lois, comme la loi du 11 juillet 1938, qui organise la Nation pour le temps de guerre. Mais il n'est pas dit que ce soit encore suffisant. Le problème d'une plus grande extension des pouvoirs gouvernementaux s'est posé en 1914-1918, il est vrai à une époque où le Gouvernement ne bénéficiait pas des pleins pouvoirs et se trouvait seulement à l'étroit dans la législation sur l'état de siège. De très nombreux décrets avaient alors suspendu l'exécution de certaines lois, d'autres avaient été pris contrairement à des dispositions législatives formelles. Sans doute, le Gouvernement obtint-il ultérieurement la validation de la plupart de ses actes par le Parlement. Mais auparavant, son action avait été soumise à l'appréciation des tribunaux par les administrés qu'elle avait lésés. De la solution de ces très nombreux recours, il est possible de dégager la ligne générale d'une théorie dite « des pouvoirs de guerre ». En tant que telle, elle est valable selon nous pour toute époque de crise, car quelques larges que soient les pouvoirs reconnus par les lois prévoyant les époques de crises, ils risquent, en dernière analyse, de se heurter à quelques prescriptions irréfragables, seraient-elles seulement relatives à des questions de formes. Et l'Administration reste toujours tentée d'invoquer « un état de

---

(130) Barthélémy et Rivero : « Cinq ans de réformes administratives », p. 8.

(131) Nous disons bien une pratique et non pas une coutume, mettant entre ses deux termes la même différence qui existe entre le fait et le droit. V. Bonnard : « Précis Elémentaire de droit public », 4e édition, p. 295 qui au contraire voit dans les décrets-lois une coutume constitutionnelle.

nécessité » devant lequel doivent plier à la fois le fonds et la forme des textes.

Quoique pourvue de larges pouvoirs, tant en vertu des lois spéciales que des lois d'habilitation, l'Administration, pendant la période 1939-1945, a cru encore être autorisée à les outre-passer, donnant ainsi un regain d'actualité à la théorie des pouvoirs de guerre, élaborée par la purisprudence à l'occasion du premier conflit mondial (132).

Nous étudierons donc en premier lieu les solutions jurisprudentielles pour décider ensuite si elles consacrent ou non une autorisation de l'inexécution de la loi en raison de « l'état de nécessité ».

1° Les solutions jurisprudentielles :

Il nous faut distinguer celles qui émanent des tribunaux judiciaires et celles qui émanent des tribunaux administratifs. Si ceux-ci sont, en effet, normalement compétents pour accueillir les recours pour excès de pouvoirs et en indemnité, les premiers le sont également par la voie de l'exception d'illégalité. En outre, leurs mentalités diffèrent : les tribunaux judiciaires, très attachés à la lettre des textes, n'élaborent pas une jurisprudence prétorienne analogue à celle des tribunaux administratifs qui, peu limités par des textes spécialisés ou inexistants, ont constamment à faire face à des situations nouvelles.

A) *La Jurisprudence judiciaire :*

Pour elle, tout texte accordant au Gouvernement un pouvoir spécial ou exceptionnel, doit être interprété restrictivement, parce qu'il déroge au régime normal. La nécessité ne justifie donc pas une sur-extension des pouvoirs.

C'est en ce sens que la Cour de Cassation a décidé relativement à l'état de siège qui passe uniquement à l'autorité militaire les pouvoirs de police de l'autorité civile, pouvoirs qui ne sont « ni modifiés, ni augmentés en passant d'une autorité à l'autre » (133). Cela l'a conduit tout naturellement a décider que « le Gouvernement ne peut modifier par décret une disposition législative et édicter des sanctions pénales que lorsqu'il y a été autorisé par une disposition générale ou spéciale de la loi » (134).

La Cour de Cassation exige donc fermement le respect du principe de légalité. Toutefois, il faut signaler que certaines décisions paraissent plus souples. Car l'exception d'illégalité n'a pas été admise à l'encontre d'une décision de l'autorité militaire ayant ordonné la fermeture des débits de boissons, alors qu'il semble difficile d'assimiler à un rassemblement concerté les réunions qui se tiennent dans les cafés (135), non plus que contre un arrêté de l'autorité militaire interdisant l'entrée d'un civil sans autorisation dans le noyau central d'un camp retranché, alors que les autorités civiles ont seulement le droit de réglementer l'usage

(132) *C.E.*, 3 mai 1946. Goguel. *S.*, 1947-3-38 n. *P.H.*
(133) *Crim.*, 13 mai 1916. *D.*, 1916-1-129 (4° espèce).
(134) *Crim.*, 3 novembre 1917. *S.*, 1917-1-445 n. J.A. Roux.
(135) *Crim.*, 20 avril 1916. *S.*, 1917-1-25 (5° espèce) n. J.A. Roux.

des droits publics ou privés et non de le subordonner au pouvoir discrétionnaire de l'administration (136).

Mais cet infléchissement de la jurisprudence judiciaire n'est que relatif. Car dans toutes les espèces, la Cour de Cassation a toujours signalé — à tort semble-t-il, mais cela est révélateur de son état d'esprit — que les actes de l'autorité militaire n'avaient pas excédé les pouvoirs normaux de l'autorité civile.

B) *La Jurisprudence administrative :*

Beaucoup plus souple et prétorienne, elle s'est efforcée de justifier les actes extra-légaux de l'Administration, par la nécessité où celle-ci se trouvait d'assurer la marche des services publics, fonction qui est d'ailleurs, une obligation.

Cette jurisprudence ne date pas de la guerre de 1914-1918. Déjà en 1909, par l'arrêt Winckel et Rosier (137), le Conseil d'État avait eu l'occasion d'affirmer que les fonctionnaires grévistes pouvaient être révoqués sans communication de leur dossier, cependant imposée par l'article 65 de la loi du 22 avril 1905. Mais, cet arrêt qui se justifie par une prétendue rupture du contrat de fonction publique, s'expliquait en réalité par des motifs d'opportunité — inavoués : savoir, la nécessité de conférer au Gouvernement des pouvoirs forts, en vue de s'opposer rapidement à la paralysie des Services publics par la grève des fonctionnaires.

C'est à l'occasion de la guerre de 1914 que la jurisprudence a reçu toute son extension, et qu'a pris naissance, dans toute son ampleur, la théorie des pouvoirs de guerre. Théorie qui, d'ailleurs, a été appliquée après la cessation des hostilités « aux circonstances exceptionnelles se rattachant aux suites de la guerre » (138) et qui cessera même, par la suite, d'invoquer l'état de guerre pour faire appel aux idées de « période critique » et « d'extrême urgence » (139).

Durant la période 1939-1945, le Conseil d'Etat n'a cessé d'appliquer les mêmes principes. Il a développé les conséquences, achevant ainsi de donner une allure cohérente à l'ensemble de ces décisions.

La jurisprudence administrative a ainsi réalisé une considérable extension des pouvoirs normaux de l'Administration, à un triple point de vue.

Tout d'abord, en décidant que les pouvoirs de police de l'Administration sont plus étendus qu'en période normale, qu'il s'agisse des mesures prises par l'autorité militaire, en vertu des lois spéciales sur le temps de guerre et spécialement de la législation sur l'état de siège (140) ou des mesures prises par l'autorité civile dans l'exercice de ses pouvoirs généraux de police (141).

---

(136) *Crim.*, 5 août 1915. *S.*, 1917-1-25 (1re espèce).

(137) *C.E.*, 7 août 1909. *S.*, 1909-1-145 n. Hauriou. Concl. Tardieu.

(138) *C.E.*, 27 juin 1924 Chambre Syndicale des patrons confiseurs-pâtissiers des Alpes-Maritimes, 619.

(139) *C.E.*, 31 octobre 1924, Cotte 839 contra, concl. Rivet, *R.D.P.*, 1924-597.

(140) *C.E.*, 28 février 1919 Dol et Laurent, *S.*, 1918 ; 919-3-33 n. Hauriou. 6 août 1915, Delmotte et Senmartin, *S.*, 1916-3-19 concl. Corneille n. Hauriou. 8 août 1919 Dame Pouade 764-27 juin 1919 Dlle Bousquet 586, 9 janvier 1920 Musart 12-30 avril 1920 dame Tassus 430, 21 mai 1920 Pollet 536, 6 août 1920 Misslin 826, 5 novembre 1920 Wanniek 923, 4 mars 1921 Chauvelon 248.

Ensuite, en permettant à une autorité de se substituer à une autorité normalement compétente, et de prendre des décisions qui échappent sa compétence normale, mais que justifient l'urgence, les circonstances exceptionnelles, sans qu'une délégation régulière des pouvoirs soit nécessaire, de la part d'une autorité qui, dans certains cas, se trouve dans l'impossibilité d'exercer ces pouvoirs (142).

Enfin, en permettant au cas de nécessité à l'Administration de prendre, en dehors de toute autorisation législative et dans les matières traditionnellement réservées au législateur, les mesures qui s'imposent (143) et même de déroger, par décision individuelle ou réglementaire, aux dispositions formelles des lois, qu'il y ait ou non des textes spéciaux qui l'y autorisent (144).

Mais il faut signaler cependant une évolution très importante. Dans ses premières décisions le Conseil d'Etat justifie ses solutions en « interprétant » très largement les textes. Dans ses dernières, il va beaucoup plus loin, et abandonnant délibérément toute solution de textes, il se contente d'invoquer les « circonstances exceptionnelles », « l'urgence », dues à l'état de guerre. On est alors en droit de se demander s'il n'y a pas là, la consécration jurisprudentielle du droit de nécessité.

2° Le droit de nécessité :

Dans les arrêts de Heyriès (145) et Verrier (146), le Conseil d'Etat avait validé les décisions gouvernementales en décidant qu'elles avaient été prises en vertu de l'article 3 de la loi du 25 février 1875. Or, ce texte prévoyait seulement que le Président de la République surveillait et assurait l'exécution des lois. Prétendre qu'il lui permettait aussi de les violer est singulièrement arbitraire (147). Aussi, le Conseil d'Etat a-t-il par la suite jugé que les mesures gouvernementales étaient justifiées en raison des circonstances exceptionnelles, de l'urgence de la situation, résultant d'un état de fait anormal.

Or, il n'est pas de texte législatif ou constitutionnel qui donne, dans cette hypothèse, ipso facto, des pouvoirs exorbitants

---

(141) *C.E.*, 14 mars 1920, Syndicat patronal de la boulangerie de Paris et de la Seine 499, 4 juin 1924, Séguier 553, 23 mars 1924, Société Générale des Transports Maritimes à vapeur, 305.

(142) *C.E.*, 1er août 1919. Saupiquet 725 concl. Riboulet, 26 juin 1946 Viguier, *S.*, 1947-3-8 *n. P.H.*, 16 avril 1943 Dame Commeyne 104, 7 avril 1944 Epoux Ginotta 398, 22 septembre 1944 époux Debocre 397, 9 novembre 1945, Société Coopérative agricole « l'Union Agricole », *S.*, 1946-3-20.

(143) *C.E.*, 7 mai 1920 Gauthier 450, 7 janvier 1944 Lecoq, *R.D.P.*, 1944, p. 322 concl. Leonard, nè Jèze. *T.C.*, 8 juillet 1944, Société des Sucreries et raffineries Say, 337.

(144) *C.E.*, 30 juillet 1915 Verrier 267, 28 juillet 1916 Rodriguez 325, 23 février 1923 Payot 192, 28 juin 1918 Heyries, *S.*, 1922-3-49 n. Hauriou, 17 janvier 1920 Babre 38, 2 février 1921 Lelièvre 1929, 16 mai 1941 Courrent 89.

(145) 28 juin 1918. *S.*, 1942-3-49 n. Hauriou.

(146) *C.E.*, 30 juillet 1915. *R.D.P.*, 1915-47.

(147) Cf. Barthélémy et Duez, *op. cit.*, p. 244.

à l'Administration (148). Faut-il dire qu'il n'est de conception que politique et non juridique du droit de nécessité (149) ? C'est alors reconnaître au seul pouvoir législatif la possibilité de valider ultérieurement une pareille activité gouvernementale, illégale, mais excusable. Or, ce contrôle peut se heurter à une appréciation antérieure des tribunaux. Qui ne voit l'anarchie à laquelle aboutirait une opposition du Législatif et du Judiciaire ? Par ailleurs, le Gouvernement craignant un éventuel refus de ratification, peut hésiter à prendre ou ne prendre qu'insuffisamment des mesures illégales certes, mais peut-être seules susceptibles par leur rapidité et leur sévérité, d'être efficaces. Enfin, enlever tout caractère juridique au droit de nécessité, est sombrer dans l'arbitraire total, en régime de confusion des pouvoirs, puisque c'est alors demander à la même autorité de contrôler au titre législatif ce qu'elle a déjà fait au titre exécutif.

Il faut donc reconnaître un véritable droit juridique de nécessité, autorisant en certaines circonstances exceptionnellement graves, la violation et l'inexécution des lois. L'acte administratif est formellement inégal, mais il est « légalisé » s'il a été accompli dans le but de sauvegarder les intérêts de la collectivité, s'il a été accompli pour la légitime défense de l'Etat. Cette idée est celle du doyen Hauriou, qui s'empresse cependant de reconnaître qu'il n'y a là qu'un pis aller, un droit de seconde qualité (150). Elle évite ainsi l'arbitraire, puisque la défense n'est légitime que sous certaines conditions. Elle est un progrès sur la théorie des actes de gouvernement ; puisqu'elle permet au contrôle juridictionnel de s'exercer et de tracer les limites du pouvoir discrétionnaire de l'Administration en temps de crise. Il convient donc de préciser à quelles conditions la défense de l'Etat est légitime. D'une manière générale, les auteurs (151) prévoient que le Gouvernement pourra invoquer le droit de nécessité, dans les hypothèses suivantes :

1) au cas de guerre étrangère, de guerre civile, de grève générale des fonctionnaires, c'est-à-dire au cas de péril national ;

2) si en même temps, il est impossible de réunir le Parlement ou de le réunir rapidement ; il faut donc qu'il y ait urgence ;

3) si les mesures ont été priess avec l'intention d'en demander ultérieurement la ratification législative

Cette dernière condition nous paraît assez naïve. De toutes façons, les conditions 2 et 3 ne valent qu'en régime parlementaire. Aussi, croyons-nous préférable de dire qu'en tout état de cause, le droit de nécessité se justifie s'il y a péril et urgence.

Nous ne croyons pas utile, ainsi que le fait M. Chatelain (152) — et nous estimons ainsi rendre compte suffisamment de la juris-

---

(148) Si l'on excepte l'acte constitutionnel n° 2-2° qui donnait au Chef de l'Etat l'exercice du pouvoir législatif après formation des Assemblées, au cas de tension extérieure ou de crise intérieure grave.

(149) En ce sens Barthélémy et Duez, *op. cit.*, p. 242. Esmein, *op. cit.*, T. 2, p. 90.

(150) *Précis de Droit Constitutionnel*, 2me édit., p. 451-453.

(151) Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel*, T. 3, p. 753. Barthélémy, *R.D.P.*, 1915, 574.

(152) *Op. cit.*, p. 152 et s.

prudence — de dire que par l'exercice de la légitime défense, le Gouvernement acquiert la compétence législative. S'il en était ainsi, ses actes seraient des lois et échapperaient alors à tout contrôle juridictionnel. Or, en fait, celui-ci s'exerce. Et dire que l'on est en présence de lois dénuées de tout caractère souverain n'est pas dire grand chose. M. Chatelain estime que seul le Parlement est juge de la limitation des droits individuels, en temps normal : comme il se trouve qu'il ne peut exercer efficacement sa compétence en temps de crise, celle-ci passerait tout simplement au Gouvernement, interprète alors des intérêts du pays et de ses besoins. Ce qui conférerait à ses décisions « valeur de loi ». Cette substitution de compétence aurait pour effet d'attribuer à l'organe supérieur défaillant les décisions de l'organe inférieur. Il y aurait une situation analogue à celle des fonctionnaires de fait dont les actes sont imputés à l'Administration et à l'exercice du pouvoir législatif par les Gouvernements de fait.

Tout d'abord, cette analogie est contestable : les actes des fonctionnaires de fait ne sont validés que s'ils ont été utiles. Il faudrait donc une ratification parlementaire ultérieure. M. Chatelain nous dit qu'elle aura pour effet de « formaliser » une loi matérielle et de la rendre insusceptible de recours contentieux. Si l'on est en présence, ajoute-t-il, d'un refus de ratification, celui-ci intervient à la manière d'une abrogation, donc sans effet rétroactif.

Cette théorie ingénieuse et subtile repose sur une pétition de principe : la substitution législative du Gouvernement au Parlement, en vertu de l'idée inexacte que seul celui-ci définit, protège et limite les libertés individuelles. Que fait alors M. Chatelain des pouvoirs règlementaires et spécialement du pouvoir règlementaire autonome ?

Par ailleurs, le droit français ignore la distinction des lois matérielles et formelles. L'activité du Gouvernement ne peut jamais être législative quelle que soit la matière sur laquelle il statue. De plus, M. Chatelain condamne la jurisprudence. Or, celle-ci existe. La tâche du juriste est d'expliquer avant de condamner — Aussi, croyons-nous pouvoir dire qu'il résulte de cette jurisprudence :

1° que les actes du Gouvernement restent susceptibles de recours contentieux et ne sont illégaux que dans la mesure où ils ne corresponsent pas à une nécessité grâve ;

2° que cette nécessité résulte d'un état de fait que le juge apprécie en tenant compte de toutes les circonstances et de l'urgence des mesures.

Il ne convient pas, selon nous, d'exiger qu'il soit prouvé qu'il ait été impossible de réunir le Parlement. Tout d'abord, parce que pareille condition ne se trouve exprimée dans aucun arrêt. Ensuite, parce qu'il existe des régimes non parlementaires qui ne peuvent être par cela même considérés comme arbitraires. Enfin et surtout, parce que le contrôle parlementaire est politique et non juridique.

Il est inutile aussi, quoiqu'on ait dit (153), de déclarer que les mesures prises en vertu des pouvoirs de guerre ou de crise,

---

(153) P. Huet, *n. précitée au S.*, 1948-3-39, col. 1.

doivent répondre « aux obl igations légales incombant à l'Administration ». Car cela n'ajoute rien à la précision du droit de nécessité, de dire que l'Administration a valablement agi en veillant au fonctionnement des services publics, en assurant l'ordre, le ravitaillement, la Défense Nationale. Certes, il est des lois qui règlementent ces diverses activités. Mais toutes concourent au même but : la protection de la collectivité. C'est là le but général de toute administration, en période normale ou anormale.

Ainsi précisé, le droit de nécessité, n'est pas un droit extra-légal. Ce n'est pas une forme de la raison d'État, l'action administrative reste soumise à un contrôle juridictionnel qui offre bien plus de garantie qu'un contrôle parlementaire. Elle ne cesse donc pas d'être légale, puisqu'elle est toujours conditionnée. Le juge apprécie la légitime défense de l'Etat, comme la légitime défense du particulier, La violence devient alors simplement de la force, et si la violence n'est jamais le droit, celui-ci, dans des circonstances particulières, peut et doit être fort (154).

II

L'inexécution de la loi par mesure négative

Le Gouvernement ne peut donc jamais, sauf circonstances exceptionnelles ou habilitation expresse de la loi édicter des mesures allant à l'encontre des dispositions législatives. La forme positive de l'inexécution de la loi lui est, sous cette réserve, absolument interdite et constitue une illégalité flagrante.

Mais cette illégalité cesse d'être flagrante, devient plus adroite, lorsque le Gouvernement se contente de laisser sommeiller certaines dispositions législatives. Ceci est un fait indéniable (155). Est-il constitutif d'une illégalité, ou le Gouvernement bénéficie-t-il d'un certain pouvoir discrétionnaire dans l'exécution des lois ? Tel est le problème que nous avons à résoudre.

Ainsi que nous l'avons déjà dit (156), les termes des dispositions constitutionnelles ne peuvent permettre de décider si le Gouvernement a ou non le pouvoir d'ordonner la suspension des lois. Toutefois, il semble que si l'on se rapporte aux précédents historiques, la fonction d'assurer l'exécution des lois ne peut être interprétée comme une autorisation donnée au Gouvernement de suspendre l'exécution des lois.

---

(154) L'ordonnance du 10 janvier 1944 rendue applicable en France par l'ordonnance du 9 août 1944 semble contenir une application de la jurisprudence que nous venons d'étudier. Son article 4 a trait, en effet, aux pouvoirs exceptionnels des Commissaires régionaux de la République au cas de rupture des communications avec l'autorité supérieure ; il leur est reconnu le droit « de suspendre l'application de tous textes législatifs ou règlementaires », « d'ordonner toute mesure et prendre toutes décisions pour assurer le maintien de l'ordre et le fonctionnement des administrations ». Ces pouvoirs excèdent-ils ceux jusqu'alors reconnus par la jurisprudence ? Le Conseil d'Etat n'a pas eu encore à se prononcer sur la portée de ce texte. Dans l'arrêt Goguet (3 mai 1946, *S.*, 1948-3-38) il se contente de dire que ces pouvoirs cessent dès que les communications sont rétablies avec l'autorité supérieure.

(155) V. *supra*, p. 80 et s.

(156) V. *supra*, p. 83 et s.

En effet, l'article 14 de la Charte de 1814 permettant au Roi « de faire les règlements et ordonnances nécessaires pour l'exécution des lois et pour la sûreté de l'Etat » avait été interprété comme impliquant le droit pour le Roi de suspendre les lois par voie d'ordonnance, s'il paraissait que leur exécution risquait de troubler l'ordre public. Cet article fut l'origine des ordonnances du 25 juillet 1830 et de l'abdication de Charles X. Aussi, l'article 13 de la Charte de 1830 disposa-t-il que le Roi, compétent pour faire les règlements nécessaires à l'application des lois, ne pourrait jamais dispenser de leur exécution. Cette disposition ne fut jamais reprise par la suite, mais il semble bien qu'avec l'établissement du régime parlementaire, jamais aucune constitution n'ait entendu conférer au Gouvernement le droit d'ordonner qu'une loi ne serait pas mise à exécution. Mais les textes ne nous permettent pas de savoir si, sans donner cet ordre formel, le Gouvernement peut ou non, par simple inertie, retarder ou ajourner « sine die » l'exécution de la loi. Or, la manifestation du pouvoir discrétionnaire dans ce domaine ne peut être nié. Car les moyens ne manquent pas en fait au Gouvernement. Il lui suffit de refuser l'exécution pure et simple de la loi, c'est-à-dire de faire bénéficier de ses dispositions un individu ou un groupe d'individus — ou bien de retarder inéfiniment la rédaction des règlement, prévus ou non par la loi, mais indispensables pour compléter celle-ci... Exécution et complément de la loi se distinguent donc très nettement et ainsi que nous allons le voir, admettent des solution opposées.

§ 1er. — *L'inexécution proprement dite.*

Nous ne nous occupons ici que des effets juridiques de cette inexécution. En régime parlementaire, il existe un contrôle par le pouvoir législatif de l'activité de l'exécutif. Mais il est essentiellement politique, peut un jour retirer sa confiance au Gouvernement pour une affaire qui, antérieurement ou ultérieurement aurait été à ses yeux sans importance (157). De toutes façons, un ordre du jour de confiance ne valide pas une illégalité : une ratification législative, un « act of indemnity » seraient alors nécessaires pour légaliser une opération illégale au moment où elle a été accomplie. Encore faudrait-il que la ratification fut expressément rétroactive pour légaliser dans le passé l'illégalité gouvernementale. Un pareil contrôle n'offre donc aucune garantie juridique : il ne semble pas d'ailleurs avoir jamais été mis en jeu à propos d'une quelconque inexécution de loi. Enfin, il ne vaut qu'en régime de séparation des pouvoirs. Or, un régime de confusion des pouvoirs n'est pas nécessairement celui de l'arbitraire administratif. Il faut donc au problème de l'inexécution de la loi, une solution juridique, c'est-à-dire non contingente, non opportuniste.

Le principe étant « qu'une loi régulièrement promulguée devient exécutoire à partir du moment où la promulgation peut en être connue, lorsqu'elle ne contient pas de disposition formelle

---

(157) V. cependant Barthélémy et Duez *op. cit.*, p. 750 pour qui la liberté de l'exécutif dans l'application des lois est un problème appartenant exclusivement à l'ordre politique, tout danger d'arbitraire étant selon eux tempéré par le contrôle parlementaire.

subordonnant expressément ou nécessairement son exécution à une condition déterminée » (158), le Gouvernement doit, dès publication de la loi faire bénéficier de ses dispositions tous les ayants droits prévus par le texte, sans avoir le « droit, ni le pouvoir d'arrêter ou d'annuler les effets d'une loi, qui, par le fait de sa promulgation, devient obligatoire pour la France entière » (159).

1° *Le refus d'application de la loi en général :*

Le principe que nous venons d'énoncer peu subir, ici, une sérieuse atteinte, car une loi venant d'être votée, le Gouvernement se voit reconnaître en certains cas, le droit de ne pas mettre en application la règlementation nouvelle.

Le Conseil d'Etat, par l'arrêt Compagnie des Messageries Fluviales de Cochinchine (160), a décidé, en effet, que devait être rejeté le recours en indemnité dirigé contre le refus d'application d'un décret du 21 décembre 1924, relatif à la francisation des navires et à la composition des équipages. Selon lui, « la gêne qu'a pu entrainer pour le développement de l'entreprise exploitée par la Compagnie requérante, le maintien de l'état de choses antérieur à la promulgation en Indochine du décret du 21 décembre 1924, n'excède pas la limite des charges que les particuliers peuvent, dans l'intérêt général, être tenus de supporter sans aucun recours contre la collectivité ».

Le libellé de la décision même, montre qu'elle n'a pas une portée générale. Car des dommages et intérêts auraient été accordés si le préjudice subi par la Compagnie avait excédé la limite normale des charges imposées dans l'intérêt général. Le Commissaire du Gouvernement avait d'ailleurs fait savoir que le bénéfice que la Compagnie aurait retiré de la loi n'était pas un droit obtenu du décret lui-même, mais une conséquence indirecte de celui-ci. Le port du pavillon français qui aurait été ainsi octroyé, ne constitue qu'un privilège dont le refus ne peut constituer un préjudice spécial.

Par deux arrêtés postérieurs, le Conseil d'Etat a précisé sa jurisprudence et a reconnu la possibilité de l'existence d'un préjudice spécial, d'un intérêt à faire annuler le refus général d'application de la loi. Par l'arrêt Ligue Nationale contre l'alcoolisme (161), il a annulé une circulaire du Ministre des Finances qui laissait aux récoltants le droit de distiller toute l'année, alors que l'article 2-7° de la loi du 28 février 1923, stipulait que la distillation n'était possible qu'à certaines époques fixées par le juge de paix. L'arrêt Société Van Outryve (162) confirma l'arrêt Ligue Nationale contre l'alcoolisme sur le plan du recours pour excès de pouvoir, en même temps qu'il reconnaissait aux administrés le droit d'obtenir une indemnité au cas de refus d'application générale de la loi : « Considérant que par la décision attaquée en date du 9 septembre 1932, le Ministre des Finances en accord avec le Ministre du Budget, *a disposé que les mesures*

(158) *Cv.*, 17 avril 1945. *D.*, 1954. J. 306.
(159) Lyon 5 janvier 1881. *D.*, 1881-1-105.
(160) *C.E.*, 14 mars 1924. *R.D.P.*, 1924, p. 230. Concl. Mazérat, n. Jèze.
(161) *C.E.*, 24 avril 1934. *S.*, 1934-3-77. *R.D.P.*, 1934, p. 444.
(162) *C.E.*, 6 juillet 1934. *S.*, 1934-3-116. *R.D.P.*, 1934, p. 629 concl. Rivet.

d'exécution prévues par la loi du 14 *avril* 1932 *seraient ajournées de six mois* en vue de témoigner aux industriels anciens, attributaires éprouvés par la crise économique, la sollicitude du Gouvernement... Considérant que la loi du 14 avril 1932 a institué des délais pour le versement des sommes dues au compte spécial de compensation par les anciens attributaires ; qu'en fixant des dates de paiement, elle a entendu comme il résulte des travaux préparatoires, assurer l'application rapide du principe de compensation prévu par les lois successives auxquelles elle faisait suite ; que le Ministre des Finances, sous réserve de pouvoir apprécier la situation individuelle des débiteurs, devait procéder au recouvrement des créances du compte de compensation sur les anciens attributaires ; *qu'en retardant de six mois par voie de disposition générale les mesures d'exécution de la loi du* 14 *avril* 1932 *il a méconnu l'obligation qui s'imposait à lui d'une application de la loi dans les délais prévus* ».

Le Conseil d'Etat n'a pas suivi dans cette affaire les conclusions de son Commissaire du Gouvernement qui estimait que la lettre du Ministre faisant connaître au Président du Groupe interparlementaire des Sinistrés, l'ajournement de l'exécution de la loi, n'était qu'une correspondance d'ordre intérieur insusceptible de faire grief. Il ne le suivit pas non plus dans son interprétation de la loi de 1932 qui n'aurait conféré au Gouvernement qu'une simple faculté d'action, lui laissant le choix du moment et des moyens et dans un deuxième arrêt rendu le même jour, le Conseil d'Etat accorda une indemnité en compensation du préjudice subi, à la société requérante : « Considérant... que les requérants sont fondés à soutenir que l'illégalité ainsi commise par le Ministre engage la responsabilité de l'Etat — Considérant qu'en l'absence de toute justification du montant du préjudice subi, il y a lieu de condamner l'Etat à verser aux requérants, à titre de réparation, un franc de dommages et intérêts ».

Cette indemnité n'est guère lourde à supporter. Mais elle indique une évolution du Conseil d'Etat. Celui-ci, normalement, rejette toute demande d'indemnité, lorsqu'il ne peut être justifié du montant du préjudice subi (163). Or, lorsque le défaut d'application d'une règlementation, aboutissant à une illégalité, cause un préjudice certain mais indéterminé, à titre de sanction, le Conseil d'Etat alloue le « franc symbolique » (164).

Le refus d'appliquer une loi en général, peut donc constituer une illégalité qui conditionne alors automatiquement l'octroi d'une indemnité. Est-on dès lors en droit d'affirmer que l'arrêt Société Van Outryve a jeté les bases d'une jurisprudence définitive ? M. Duez a fait remarquer (165) que cela n'était pas si sûr et qu'il était peut-être pématuré de conclure que le Conseil d'Etat avait cessé d'exiger qu'il soit justifié d'un préjudice spécial. Car la loi dont l'exécution était retardée, générale dans ses dispositions, l'était moins dans son objet, puisqu'elle réglementait la situation de groupes d'industriels parfaitement déterminés. Par ailleurs, on pouvait admettre que les délais d'exécution qu'elle prévoyait, étaient des délais préfix. « Il serait téméraire d'affirmer », conclut

---

(163) *C.E.*, 18 janvier 1924, Soc. Laitière Maggi, *S.*, 1926-3-19.

(164) *C.E.*, 25 juin 1931, Chambre Syndicale des loueurs-propriétaires d'autocars,*S.*, 1932-3-68.

(165) « *La responsabilité de la puissance publique* », p. 37, n. 4.

M. Duez « en généralisant la portée de l'arrêt Van Outryve que tout citoyen lésé par le retard *général* dans l'application d'une *loi générale* pourrait triompher dans le recours en indemnité ».

Un arrêt Syndicat de défense des grands vins de la Côte-d'Or (166) parait cependant avoir confirmé l'arrêt Société Van Outryve.

A vrai dire, il ne s'agit pas de l'inexécution d'une loi, mais de l'inexécution d'un arrêt de règlement, procédé exceptionnel en droit public. Le législateur avait confié à des règlements d'administration publique le soin de délimiter les régions viticoles dont les crus pouvaient prétendre à certaines appellations d'origine. Ces règlements ayant soulevé de nombreuses critiques, le législateur autorisa les tribunaux judiciaires saisis de litiges entre particuliers sur ces questions d'appellation d'origine, à formuler sous forme de jugements, de véritables règlements d'administration publique faits par autorité de justice, qui décideraient « à l'égard de tous les habitants et propriétaires de la même région, de la même commune, ou le cas échéant, d'une partie de la même commune » (167). Ces règlements ont, ainsi que le faisait observer M. Waline, force de loi et ne peuvent être modifiés que par le législateur puisqu'ils possèdent l'autorité de la chose jugée.

L'Administration s'étant refusée — spécialement le service de répression des fraudes — à appliquer un arrêt de règlement, donc une décision ayant force de loi, le Conseil d'Etat sanctionna ce refus, y voyant une faute grave de nature à engager la responsabilité de l'Etat ; car, s'il est possible à l'Administration de surseoir un temps « raisonnable » à l'exécution d'une loi, il lui est, par contre, interdit de décider formellement qu'elle se refuserait « sans limitation de durée », à toute excéution de l'arrêt de règlement.

Il semble donc que l'on puisse aujourd'hui affirmer que l'inexécution générale de la loi constitue une illégalité et une source de responsabilité, chaque fois qu'elle résulte d'une décision de principe systématique, et non de préoccupations contingentes parmi lesquelles l'inexécution peut paraitre un temps favoriser une exécution ultérieure.

2° *Le refus d'application de la loi à une catégorie d'individus.*

Ici, il ne s'agit plus d'un refus général. Seuls, certains individus bénéficient de la loi à l'exclusion d'autres ou mieux quelques-uns bénéficient de son inexécution, alors que d'autres en pâtissent. La règle de la spécialité du dommage est donc bien observée : son application est ici mise en jeu par la rupture de l'égalité devant la loi. Les individus, isolés ou groupés, qui se plaignent de la non application de la loi à certaines catégories d'assujettis, ont le droit d'exiger que l'Administration impose à ces derniers les mêmes charges que celles qu'ils ont à supporter.

Par l'arrêt Chambre Syndicale des Fabricants d'eau gazeuse de Paris (168), le Conseil d'Etat a admis la requête du Groupe-

---

(166) *C.E.*, 24 juillet 1936. *D.*, 1937-3-41. Concl. Lagrange, n. Waline.

(167) *L.*, 16 mai 1919, modifiée par *L.*, 22 juillet 1927.

(168) *C.E.*, 24 mars 1922. *R.D.P.*, 1922, p. 247.

ment requérant qui se plaignait de ce que l'Administration qui soumettait ses membres à toutes sortes de taxes, d'inspections et d'autorisations imposées par la loi, n'avait pas soumis à ce régime légal les débitants utilisant l' « auto-siphon » qui leur permettait de fabriquer eux-mêmes leur eau gazeuse.

Le Commissaire du Gouvernement Rivet, dans ses conclusions, fit valoir que le pouvoir exécutif était seul juge de l'opportunité de l'exécution de la loi à l'égard d'un individu ou d'un groupe d'individus. Mais en l'espèce, l'Administration en refusant d'exécuter la loi à l'encontre de certains, c'est-à-dire en exonérant ceux-ci des charges qui devaient peser sur eux, a faussement interprété la loi. S'agissant donc d'une question de légalité et non plus d'opportunité, le Conseil d'Etat est compétent. Celui-ci s'est attaché à proclamer que seule la légalité était en cause. L'Administration n'a donc l'obligation d'exécuter la loi, que dans la mesure où celle-ci lui impose une obligation d'agir. Néanmoins, le Conseil d'Etat ne considère comme illégal que le « refus systématique » d'exécuter la loi, révélateur de l'intention arrêtée de se soustraire aux obligations légales.

A ce stade et mieux encore s'il s'agit du refus du bénéfice de la loi au détriment d'un individu, le refus d'exécution de la loi se confond avec le problème du refus du service public. Le non fonctionnement des services publics, le défaut d'accord des prestations dûes, est une question que nous étudierons ultérieurement (169) : nous verrons ainsi qu'un service public n'est obligé de fonctionner que si une disposition législative (ou règlementaire) lui enjoint d'agir. Le problème ne se confond donc pas avec celui de l'inexécution par le Gouvernement de la loi édictée par l'Organe législatif : Il le comprend, mais le dépasse puisqu'il s'agit aussi de l'exécution par le Gouvernement de la règlementation qu'il a lui-même mise en vigueur.

La seule conclusion que nous sommes dès à présent en droit de formuler, est que le Gouvernement est soumis dans sa fonction exécutive, non à la volonté du Parlement, d'une autorité hiérarchiquement supérieure, mais à la loi. Il ne s'agit pas d'une subordination hiérarchique, mais d'une subordination normative. Les obligations de l'Administration varient donc suivant les prescriptions de chaque loi. S'il en était autrement, si le Gouvernement devait une obéissance inconditionnelle au Parlement, sous peine de voir invoquer la désuétude des lois, on en viendrait à exiger qu'il poursuive sans ménagement l'exécution des lois les plus rigoureuses ou les plus inadéquates. C'est en réalité chaque loi qui détermine le contenu de l'obligation de l'Administration.

Mais nous avons jusqu'ici raisonné dans l'hypothèse des lois parfaites, ou mieux, complètes, c'est-à-dire de lois dont l'exécution consiste dans la prise de mesures administratives individuelles par lesquelles se concrétise, se réalise l'impératif légal. Or, il est des lois incomplètes qui n'établissent que des directives, des principes plus ou moins généraux ou abstraits, et qui laissent au Gouvernement, le soin — ou l'obligation, mais c'est là tout le problème — d'ajouter à leurs dispositions, non plus par l'exécution de mesures individuelles, mais par l'émission de règlements donnant aux textes législatifs un contenu concret qui permettra plus tard l'exécution de ces mesures individuelles. Nous

---

(169) V. *infra*, T. 3, Ch. 3, p.279 et s.

allons maintenant passer à l'examen de ce problème, nous demander s'il existe à la charge du Gouvernement l'obligation de compléter, par voie de règlement, les textes législatifs.

§ 2. — *Pouvoirs du Gouvernement dans l'émission des règlements de complément.*

Nous retrouvons ici un problème analogue à celui que nous avons déjà rencontré lors de l'étude de la nature et des effets de la publication des lois et actes administratifs. En effet, il s'agit de savoir non seulement en quoi consiste le rôle gouvernemental de complément des lois, mais encore de préciser la force exécutoire d'une loi non encore complétée. Aussi, devrons-nous étudier successivement ces deux points de vue.

1° *Nature de l'obligation gouvernementale de compléter les lois.*

Depuis de très nombreuses années le législateur demande souvent à l'Exécutif de compléter certaines de ses dispositions. On a voulu voir dans cette pratique envahissante une forme de l'abdication parlementaire. En réalité, il est préférable de considérer que l'on se trouve en présence d'une collaboration des deux pouvoirs, nécessitée par le développement des services publics techniques dont le Parlement est incapable de saisir le fonctionnement minutieux et quotidien, soumis dans la plupart des cas à l'urgence de mesures économiques ou commerciales insusceptibles d'être définies à l'avance de façon générale ou abstraite (170). Aussi, la loi se contente-t-elle de poser les principes d'application, s'en remettant au Gouvernement du soin d'établir les détails d'exécution par des dispositions règlementaires et complémentaires. Celles-ci sont fournies soit par des règlements d'administration publique, soit par des décrets simples. Il n'y a plus lieu aujourd'hui de distinnguer ces deux modes d'exercice du pouvoir règlementaire. Depuis l'arrêt Compagnie des Chemins de fer de l'Est (171), les règlements d'administration publique sont susceptibles de recours pour excès de pouvoir, à l'instar de tous les autres règlements. Car ils sont le fait d'une autorité règlementaire et non pas législative. Certes, on peut dire que le Chef de l'Etat agit au lieu et place du Parlement, que le règlement d'administration publique à ce titre participe de la loi en raison de son contenu, mais on ne peut plus y voir l'exercice d'une délégation législative : une autorité règlementaire, quelque soit l'objet ou le but de son action, n'émet que des règlements administratifs susceptibles comme tels, de recours contentieux (172).

---

(170) « Force fut donc au pouvoir législatif de se borner le plus souvent à fixer dans la loi positive les principes tirés du programme de la formation politique constituant la majorité parlementaire du moment, sauf d'ordonner à l'Exécutif d'édicter au moyen de règlements d'administration publique, les dispositions complémentaires propres à assurer dans le cadre de la législation existante, la bonne exécution des volontés du législateur », Herzog: « La loi et le règlement d'administration publique », R.D.P. 1938, p. 651.

(171) *C.E.*, 6 décembre 1907. *S.*, 1908-3-1.

(172) *Cass.*, 24 octobre 1917. *S.*, 1918-1-193 Sur la théorie de la délégation législative et son abandon cf. Hauriou : « *Précis de droit constitutionnel* », 2me édit., p. 446. Bonnard *R.D.P.*, 1927, p. 251. Devolvé : « La délégation de matières en droit public ». *Thèse Toulouse*, 1930. V. aussi Graux : « La Loi et les règlements d'administration publique », *Rev. politique et parlementaire*, 1899. T. 20, p. 460.

Les modalités de l'exercice de cette compétence règlementaire sont extrèmement diverses :

La loi peut n'avoir pas prévu la confection d'un règlement de complément, cependant indispensable à son application.

La loi peut au contraire, avoir prévu un tel règlement, en décidant, soit qu'elle ne serait pas exécutoire jusqu'à la parution de celui-ci, soit qu'elle serait exécutoire à partir de telle date, en invitant le Gouvernement à la compléter, mais sans lui fixer un délai, soit qu'un règlement devrait être pris dans un certain délai, en fixant ou non un délai pour la mise à exécution de la loi, soit enfin qu'un règlement devrait intervenir sans qu'un délai soit assigné à cette fin au Gouvernement et sans qu'une date soit fixée pour déterminer l'entrée en vigueur de la loi.

Dans ces diverses hypothèses, est-il possible à un administré, par le recours en excès de pouvoir ou le recours en indemnité, de saisir le juge compétent, afin qu'il se prononce sur le refus ou le défaut d'une pareille règlementation ?

Si l'on se rappelle qu'il n'est de recours que contre les règlements illégalement faits — mais non pas à faire — en vertu du principe de leur subordination à la loi qui leur recommande de ne pas dépasser les limites tracées par elle, il semble que tout recours juridictionnel soit impossible.

Il est vrai que le respect de la légalité peut être non seulement un frein à l'activité administrative, mais aussi une impulsion. Toutefois, cela n'est vrai que lorsqu'il s'agit de mesures administratives individuelles pouvant conférer aux administrés un intérêt personnel à agir. Or, en matière de règlements généraux, il ne peut plus en être ainsi. Leur caractère même de généralité exclut tout intérêt personnel parce que non exclusif. Et il semble que la jurisprudence ait de tout temps rejetté les requêtes tendant à exiger de l'Administration l'émission d'un règlement général.

En ce sens on peu citer l'arrêt Angevin (173) qui déclare irrecevable une requête qui tendait à faire décider que le Conseil d'Etat en tant qu'organe administratif, devait être saisi d'un projet de décret relatif à la création d'un hospice, effet de l'acceptation d'un legs pour une commune, faite, aux dires du requérant, irrégulièrement par le Préfet, qui aurait été incompétent en la matière.

Il ne s'agissait pas ici, à la vérité, d'un règlement de complément, mais d'un acte de tutelle dont la légalité était contestée. Certes, on ne peut y voir une mesure individuelle, c'est-à-dire particulière. Plutôt une mesure « spéciale », qui par là s'oppose aussi à une mesure « générale ». Mais, s'il est impossible de recourir contre le défaut d'une mesure spéciale, à fortiori, en est-il de même à l'égard du refus administratif d'édicter un règlement général. C'est ce que paraît avoir décidé le Conseil d'Etat dans l'arrêt Syndicat des Chaussées du Tribon d'Arles (174). Le dit syndicat avait demandé au Ministre des Travaux publics de provoquer un règlement d'administration publique pour annexer au périmètre du Syndicat une portion des terrains voisins. Le Conseil d'Etat repoussa ainsi la requête : « Considérant que l'arti-

(173) *C.E.*, 26 juillet 1889-888.
(174) *C.E.*, 30 janvier 1891-60.

cle 93 du décret du 15 mai 1913, maintenu en vigueur par le décret du 3 juillet 1933, porte qu'il n'est pas statué par le présent règlement relativement aux Marais d'Arles, lesquels demeurent exceptés des dispositions prévues par les articles précédents et ne pourront être assujettis à un régime particulier que par des règlements ultérieurs. Considérant qu'il résulte de ces termes que l'autorité supérieure reste seule juge des règlements à édicter en vue du régime particulier auquel elle croirait utile d'assujettir les marais d'Arles et que le refus fait par le Ministre des Travaux publics de provoquer le règlement sollicité par le Syndicat des Chaussées du Tribon d'Arles, n'est pas de nature à être déféré au Conseil d'Etat par la voie contentieuse ».

On peut objecter, évidemment, que cet arrêt n'a pas la portée générale que nous voulions lui assigner. En effet, il ne s'agit que d'un règlement d'Administration publique destiné à compléter non une loi, mais un décret, alors que celui-ci ne le prévoyait ni ne l'imposait. De plus, on peut faire remarquer qu'il est intervenu à cette époque où de jurisprudence constante, il était reconnu la nature législative aux règlements d'administration publique, qui, dès lors, en tant que tels, étaient insusceptibles de recours contentieux. Ce dernier argument paraît avoir inspiré le Commissaire du Gouvernement Tardieu qui, à propos de l'affaire Compagnie des Chemins de fer de l'Est, s'était exprimé ainsi (175) : « Nous estimons que toutes les fois que le législateur, en enjoignant au Pouvoir exécutif de faire un règlement, dispose en termes exprès que dans ce règlement, le Gouvernement pourra fixer des pénalités, poser des règles de compétence, établir un impôt, toutes choses qu'il ne pourrait faire en vertu de ses pouvoirs normaux, nous estimons que cette disposition s'impose à tout le monde et doit être obéie. Elle doit être exécutée : 1° par le Gouvernement qui est tenu, sous peine d'engager la responsabilité ministérielle, de faire le règlement prescrit par la loi ; 2° par les tribunaux qui, n'ayant pas à vérifier la constitutionnalité des lois, doivent faire appliquer toutes les dispositions édictées par le pouvoir législatif... Suivant nous, cette injonction adressée par le pouvoir législatif au pouvoir exécutif de faire un règlement d'administration publique sur une loi déterminée, a pour effet de rendre la confection de ce règlement obligatoire, de facultative qu'elle était, mais non de changer la nature juridique de l'acte présidentiel et de faire d'un règlement une loi... Cette théorie ne va-t-elle pas supprimer toute distinction entre ce que l'on appelle les décrets réglementaires et les règlements d'Administration publique ? Il existera encore plusieurs différences entre ces divers actes. Caractère facultatif de l'un, caractère obligatoire de l'autre... ».

Aux dires du Commissaire du Gouvernement Tardieu, la confection des règlements d'Administration publique est donc rigoureusement obligatoire, au contraire de celle des décrets simples. La doctrine, dans son ensemble, n'a pas suivi cette thèse. Hauriou lui est résolument hostile (176). Carré de Malberg pense que le renvoi à un règlement d'administration publique doit être

---

(175) *C.E.*, 6 décembre 1907-915.

(176) *Précis de Droit Constitutionnel*, 2me édition, p. 448.

considéré comme une injonction ou comme une invitation, suivant la volonté du législateur (177), cependant que Duguit lui objecte que le Gouvernement, tenant sa compétence réglementaire de la Constitution et non du législateur, il est impossible à celui-ci d'imposer au Gouvernement d'exercer cette compétence et dans un certain délai (178).

Il semble qu'Hauriou et Duguit aient tous les deux raison. Il est arbitraire de dire que la tâche du Gouvernement est plus ou moins obligatoire selon qu'il s'agit de décrets simples ou de règlements d'administration publique. En effet, tous deux sont également de nature administrative. Par ailleurs, peu importe qu'il s'agisse de compléter un décret ou une loi, l'opération étant toujours l'émission d'un règlement général. Tout ce que l'on peut affirmer, c'est que, si le décret ou la loi ne prévoient pas expressément d'être ainsi complétés, il n'est pas de recours juridictionnel contre ce défaut de règlementation. A fortiori, évidemment, si l'on juge que pareil recours n'est pas donné lorsqu'il est formellement enjoint au Gouvernement de compléter la loi ou la règlementation existante.

Or, il nous paraît qu'il doit en être ainsi décidé. On peut bien, certes, remarquer que la compétence règlementaire ne consistant que dans l'exécution des lois, elle n'est pas fixée dans son contenu que le législateur peut fort bien déterminer, ce qui revient à dire que la part d'initiative laissée au Gouvernement est une question d'espèce, résolue par la volonté du législateur. Ainsi, lorsque le Gouvernement est habilité à prendre des règlements en certaines matières, sa compétence réglementaire est pleinement discrétionnaire. Par contre, s'il ne peut apprécier que des mesures d'exécution, le renvoi à un règlement général devrait être analysé comme une véritable injonction (179).

Cette dernière proposition nous paraît contestable. Il faut s'entendre, en effet, sur le sens du terme « mesures d'exécution ». Ou il s'agit de mesures individuelles, et la compétence peut être en effet liée ; mais alors c'est un non-sens que de parler de règlement d'Administration publique qui, par définition, ne peut avoir qu'un objet général. Ou il s'agit de mesures d'exécution générales, destinées à permettre des mesures d'exécution individuelles ultérieures, et tout recours juridictionnel est alors impossible.

Sinon, ce serait permettre au juge d'enjoindre à l'Administration de faire un règlement, de procéder ainsi à de véritables arrêts de règlement, ce qui lui est interdit en vertu du principe de la séparation des autorités (180). Sur le plan du recours en indemnité, il doit en être de même, car on ne peut justifier d'un préjudice spécial occasionné par le défaut d'une règlementation générale. Nous avons vu que le défaut général de mesures d'exécution individuelles n'occasionnait que rarement un dommage spécial, et qu'en tout cas, il n'y avait faute que s'il y avait illégalité. Or où serait ici l'illégalité, puisque, par définition, la légalité n'est pas complètement établie ?

---

(177) *Contribution à la Théorie générale de l'Etat*, T. 1, n° 214, p. 646.
(178) *Traité de Droit Constitutionnel*, 2me édit., T. 4, p. 708.
(179) Châtelain *op. cit.*, p. 41.
(180) V. *infra*, p. 377 et s.

Aussi, semble-t-il plus exact d'affirmer que, la loi ayant ou non fixée un délai pour être complétée, le Gouverment n'est responsable de son inertie que politiquement devant les Chambres, et non juridiquement devant les simples particuliers (181).

2° *L'Exécution des lois incomplètes.*

Il ne faut cependant pas croire que ce pouvoir discrétionnaire empêche, en toute occasion, les administrés de bénéficier de l'exécution de la loi, non encore complétée par un règlement.

En premier lieu, ils peuvent, lorsqu'est prévue l'intervention d'un règlement d'administration publique, arguer de la nullité des dispositions édictées par le Gouvernement, si celui-ci n'a pas sollicité l'avis du Censeil d'Etat ainsi qu'il y est obligé en la matière. Car, si le Gouvernement est libre de ne pas suivre l'avis ainsi donné, il ne l'est pas d'agir sans l'avoir demandé (182). En second lieu. si la loi exige d'être complétée par un règlement, celui-ci peut seul intervenir. A ce titre, sont donc irréguliers les arrêtés ministériels ou les circulaires qui prétendent le remplacer. Toutefois, il n'en est ainsi que si la loi ne prévoit pas le règlement à titre facultatif, on n'en prévoit aucun : « Considérant qu'en l'absence de toute disposition spéciale de la loi du 30 mars 1919, précisant ses conditions d'application, ou renvoyant à un règlement d'administration publique, le soin de les préciser, le Ministre des Finances a pu, antérieurement à la publication du décret du ... fixer les conditions d'obtention des indemnités spéciales par une circulaire du 8 avril 1919 » (183).

Mais cela ne donne pas aux administrés le droit d'exiger que soit pris un règlement. Ils ne peuvent exciper de l'illégalité d'un règlement édicté après les délais fixés par la loi, celle-ci ne les ayant pas fixés à peine de nullité (184). Et il est très rare qu'il en soit disposé autrement, la plupart des règlements d'administration publique constituant une véritable législation subsidiaire, précise et détaillée, qui implique normalement une procédure d'élaboration assez longue.

Toutefois, il faut se souvenir que « les lois régulièrement promulguées deviennent exécutoire du moment où leur promulgation peut être connue, lorsqu'elles ne contiennent pas de dispositions formelles, reportant leur exécution à une autre époque ou ne le subordonnent pas expressément ou nécessairement à une condition déterminée » (185). Il s'agit alors de savoir si le renvoi à un règlement de complément doit être ou non analysé en une « disposition formelle » ou en une « condition déterminée » reportant l'exécution de la loi à sa parution.

Il semble que l'on doive faire à ce sujet des distinctions.

---

(181) En ce sens Le Vavasseur de Précourt concl. pour *C.E.*, 17 février 1888, Prévost, 149.

(182) *C.E.*, 22 janvier 1926. Lacoste, *D.H.*, 1926-102. *C.E.*, 24 déc. 1926. Brassaud, *D.H.*, 1926-71. *C.E.*, 19 oct. 1945, *Société J. Olins et C° D.* 1946 Som. maire 12.

(183) *C.E.*, 14 nov. 1923. Stoesel 724 cf. *C.E.*, 24 janv. 1919 Bonnaofus 81.

(184) *C.E.*, 8 juin 1923. Gagey 451.

(185) *Cv.*, 1er décembre 1931. *S.* 1932-1-66.

En effet, il est des lois qui décident qu'elles sont exécutoires, nonobstant le défaut de parution du règlement qu'elles ont prévu, même s'il a été fixé au Gouvernement un délai pour promouvoir le règlement en question. En ce cas, les bénéficiaires de la loi peuvent en exiger l'exécution : « Attendu que l'article 2 *bis* de la loi du 18 juillet 1937 n'a pas subordonné l'ouverture du droit au congé payé pour les représentants de commerce, à la publication du règlement d'administration publique qu'il a prévu » (186).

Par contre, la loi peut avoir formellement disposé qu'elle ne serait exécutoire que lorsque auraient paru le ou les règlements de complément qu'elle avait donné mission au Gouvernement d'édicter. Dans cette hypothèse, tant que le Gouvernement n'a pas rempli sa tâche, les administrés ne sont pas en droit de réclamer l'exécution de pareilles lois (187). En cette matière, le pouvoir discrétionnaire de l'Administration ne peut fare aucun doute puisqu'il résulte des termes mêmes de la loi (188). Cela lui confère le droit de prendre des mesures fondées sur l'ancienne réglementation qui eusent été illégales une fois le règlement paru. On peu, dès lors, se demander si, en certaines occasions, son action ne frise pas le détournement du pouvoir. En effet, il a été décidé par le Conseil d'Etat (189)que la révocation d'un fonctionnaire municipal, en dehors des formalités prévues par la loi du 23 octobre 1919 dont l'application exigeait une organisation spéciale qui devait être mise sur pied par une délibération du Conseil Municipal, était valable si elle avait été faite avant la dite délibération. Il y a là un moyen trop commode de nuire aux intéressés, en retardant infiniment la rédaction du règlement, destiné à garantir leurs droits.

Lorsque la loi a expressément prévu qu'elle n'était pas exécutoire avant la parution de la réglementation de complément qu'elle a donné mission à l'Exécutif d'élaborer, la solution est simple s'il n'a été prévu qu'un seul règlement. Il faut s'en référer à la volonté du législateur : la loi n'est pas applicable tant que le règlement n'est pas pris. Ce qui peut durer longtemps, l'inertie de l'Administration ayant alors la possibilité de retarder indéfiniment l'exécution de la loi. Seul un contrôle politique — s'il existe un Parlement — peut sanctionner cette inaction.

Mais la solution est bien plus délicate quand la loi a ordonné la confection de plusieurs règlements. Faut-il dire que la loi est exécutoire après la parution du premier ? Oui, vraisemblablement si chaque règlement est prévu pour l'application de la loi à une catégorie de personnes : mais alors exclusivement au bénéfice de cette catégorie. Par contre, s'il n'en est pas ainsi, si le législateur s'est contenté de dire que sa volonté n'était pas exécutoire tant qu'elle ne serait pas complétée par des règlements, il semble que la loi ne peut être exécutée tant que tous les règlements n'ont pas été pris. Et le problème devient juridiquement insoluble, si

---

(186) Cass. Soc. 6 juillet 1939. *D.H.*, 1939-481.

(187) Cependant Contra, *Crim.*, 3 septembre 1885. *S.*, 1886-1-288. Mais ici l'interdiction d'exécution formulée par la loi était primée par un principe supérieur : la rétroactivité des lois pénales plus douces.

(188) *C.E.*, 23 nov. 1923. Bécher 754.

(189) *C.E.*, 22 juillet 1921 Touron, 740.

le législateur n'a pas probablement déterminé le nombre de règlements à prendre.

Le problème reste aussi entier lorsque la loi est restée silencieuse sur ses possibilités d'exécution, à défaut de la parution du règlement de complément.

En effet, qu'advient-il de l'exécution d'une loi qui a fixé sa date d'entrée en vigueur en même temps qu'elle enjoignait au Gouvernement de faire un règlement, mais sans lui impartir un délai, de la loi qui n'a pas fixé sa date d'entrée en vigueur, mais par contre, a prévu que la réglementation de complément devrait être opérée dans un certain délai ? Il est des lois qui précisent qu'elles pourront être exécutées quoique non complétées, dans tous les cas où l'application du règlement n'est pas nécessaire : mais comment déterminer ces cas ? Et que conclure quand la loi est restée muette ?

Il semble que la jurisprudence moderne et contemporaine ait tendance à considérer qu'une loi n'est pas exécutoire, mais suspendue, tant que les règlements dont elle prévoit l'intervention n'ont pas été faits.

Dans un arrêt Gautier (190), le Conseil d'Etat déclarait : « Considérant que la loi du 12 mars 1930 modifiant l'article 38 de la loi du 5 avril 1884, organise pour les employés municipaux un ensemble de garanties disciplinaires qui ne pouvait être mis en vigueur qu'après un règlement d'administration publique, selon les prescriptions d'un arrêté préfectoral instituant le conseil de discipline départemental » formule issue, à propos de l'application de la même loi de 1930, de l'arrêté Tastet (191). Cette jurisprudence, plutôt sévère, paraît à l'heure actuelle se maintenir annulant spécialement toutes les décisions administratives prises en vertu des lois renvoyant à des règlements non encore édictés (192).

Convient-il d'y avoir une évolution spécifiquement nouvelle et définitive ?

Un ancien arrêt de la Cour de Cassation (193) avait déciré : « Attendu que les dispositions de l'article 47 de la loi du 26 février 1887 qui soumet la Cochinchine, l'Annam et le Tonkin au tarif général des douanes de la métropole, ne pouvait pas être exécuté avant qu'un règlement d'administration publique, rendu conformément à la deuxième disposition du même article eut déterminé les produits qui, par exception, seraient l'objet d'une tarification spéciale ». En conséquence, tous les droits perçus anvant la parution et la publication du règlement d'administration publique l'avaient été régulièrement. Cela en vertu du principe selon lequel une loi n'est pas exécutoire si le règle-

---

(190) *C.E.*, 25 mai 1932. Gautier, 502.

(191) *C.E.*, 11 mars 1932 Tastet. *D.*, 1933-3-15: cet arrêt précise en outre que les Conseils de disciplines devant être organisés dans les trois mois de la parution du règlement d'administration publique, les employés municipaux étaient en droit de bénéficier des dispositions de celui-ci à la fin du terme fixé bien qu'en certaines occasions l'Administration n'ait constitué les conseils de discipline que bien après l'expiration du délai de trois mois.

(192) *C.E.*, 20 juillet 1945. Roubaud 164, 8 nov. 1946 Sté Henri Lemoine, 6 décembre 1946 Dumont et Chassard.

(193) 7 décembre 1896, *D.*, 1897-1-262.

ment d'administration se révèle indispensable en fait à cette exécution.

C'est, semble-t-il, ce qu'avait exprimé le Commissaire du Gouvernement Romieu, lorsque dans ses conclusions, sous l'arrêt Jacquin (194), il avait fait valoir que : en principe, une loi était exécutoire du jour de sa promulgation, sauf s'il en avait été autrement décidé, si elle avait expressément subordonné son exécution à la confection antérieure des règlements prévus, sauf enfin si son exécution était manifestement impossible tant que les règlements de complément n'avaient pas été faits. Spécialement, il concluait que la loi du 13 juillet 1906 sur le repos hebdomadaire ne contenait aucune disposition subordonnant son exécution à la parution des règlements.

C'est ainsi que le Conseil d'Etat décida par la suite que, malgré le défaut de parution du règlement d'administration publique, destiné à compléter l'article 3 de la loi du 14 juillet 1906, lequel prévoyait les établissements autorisés à demander des dérogations au repos hebdomadaire, il devait être donné satisfaction aux demandes de ceux-ci (195).

Cette jurisprudence s'était prolongée jusqu'à nos jours, basée sur ce que le « règlement n'étant pas encore intervenu et ses dispositions étant indispensables » (196), la loi était inexécutoire. Elle serait au contraire exécutoire s'il apparaissait que le règlement n'était pas indispensable (197).

La jurisprudence judiciaire, par contre, paraissait préférer s'attacher à un autre critère, et reconnaissait le caractère exécutoire de la loi lorsqu'il résultait de ses termes qu'il n'était pas indiqué que le législateur ait entendu subordonner la mise à exécution de la loi à la publication de ce règlement (198). La Cour de Cassation, juridiction peu prétorienne et soumise aux textes, se préoccupait moins que le Conseil d'Etat de « l'applicabilité » en fait de loi, et cherchait seulement à sonder la pensée intime du législateur, aboutissant ainsi quelque fois à des décisions arbitraires, quand elle décidait par exemple que le caractère exécutoire de la loi provenait simplement de ce que le législateur n'avait pas expressément reculé cette exécution (199).

La Chambre criminelle de la Cour de Cassation fait montre de moins de scrupules juridiques. Il lui suffit de constater qu'une loi a été régulièrement promulguée et publiée, pour affirmer qu'elle est immédiatement exécutoire, nonobstant toute réglementation ultérieure prévue (200). Car, à ses yeux, ce qui compte essentiellement, c'est d'assurer l'ordre public, intéressé par l'application rapide d'une loi répressive.

Il semble, en tout cas, qu'à l'heure actuelle la distinction

---

(194) *C.E.*, 30 novembre 1906, conclusion Romieu, p. 870.

(195) *C.E.*, 8 février 1907 Floersheim-Ulmann, 140, 22 février 1907, Angot-Bourlière-Brunschwig, 189.

(196) *C.E.*, 27 décembre 1938 C° Assurance la Vie. *D.H.*, 1939-184.

(197) Cf. sur tous ces points. *C.E.*, 6 février 1920 Lezier-Girard 129, 19 mars 1921 Colonie de Madagascar 312, 4 juin, Burisi, 542, 4 mai 1928 D'Ornano. *D.H.*, 1928-340.

(198) *Cv.* 3 déc. 1902. *D.*, 1903-5-208, 13 déc. 1902. *D.*, 1903-3-208.

(199) *Cass.* 21 fév. 1923. *D.*, 1926-1-143.

(200) *Crim.*, 12 janv. 1907. *D.*, 1909-1-78.

pronée par Romieu soit rappelée par le Conseil d'Etat qui, en se refusant à accorder le caractère exécutoire à une loi, non encore complétée par un règlement, sans chercher à savoir si celui-ci était ou non indispesnable, n'a fait que renforcer les pouvoirs de l'Administration, laissant les simples particuliers démunis de tout droit d'exiger qu'une règlementation générale soit prise, ou qu'une loi soit exécutée tant que la règlementation générale qu'elle a prévu n'a pas été édictée.

Peut-être est-il possible de justifier cette jurisprudence d'un point de vue pratique, d'en trouver l'origine dans le désir des juges de ne pas voir la chose jugée contredite par une règlementation ultérieure, déjà prévue par le législateur.

SECTION 4. — INITIATIVE, INEXECUTION ET SUPPRESSION DES REGLEMENTS GENERAUX

Nous venons de voir que l'obligation de l'Administration d'exécuter la loi s'analysait non en une subordination hiérarchique de l'organe exécutif à l'égard de l'organe législatif, mais en une subordination normative du règlement à la loi, ou mieux, à la règle de droit, entendue positivement et non métaphysiquement. Ceci nous autorise donc à traiter sur le même plan de l'élaboration et de l'exécution des règlements généraux administratifs. Car, la solution reste la même : l'Administration doit elle-même respecter la règlementation qu'elle a élaborée et qui, comme la loi, formule la règle de droit. Celà, qu'il s'agisse à l'intérieur de l'Administration d'une auorité supérieure ou subordonnée. Car, s'il s'agissait d'un rapport de sujetion hiérarchique, les autorités supérieures pourraient prétendre ne pas être liées par la règlementation édictée par les autorités subordonnées. Or, il n'en est rien ; elles doivent respecter cette règlementation qui, quoique issue d'autorités hiérarchiquement inférieures, constitue une règle de droit, comme telle obligatoire pour tous, Administration et Administrés (201).

D'ores et déjà,on peut affirmer que l'initiative règlementaire à l'égal de l'initiative législative, échappe au contrôle des individus et que l'exécution des règlements doit être soumise aux mêmes règles que l'exécution des lois. Mais, s'il est impossible d'exiger de l'organe législatif qu'il abroge une dsposition législative, cette abrogation des règlements est au contraire possible, qu'elle intervienne sous forme de recours en annulation ou de demande de retrait des règlements : car, si une loi ne peut iamais être illégale, il en est tout autrement des règlements.

Sous-Section 1. — Initiative et inexécution des règlements

§ 1er. — *L'initiative des règlements.*

Ce que nous avons dit des règlements subordonnés, ne peut qu'être répété en matière de règlements initiaux ou autonomes. En effet, si le pouvoir discrétionnaire de l'Administration est total

---

(201) *C.E.*, 3 juillet 1931, Ville de Clamart. *S.*, 1932-3-1 n. Bonnard.

en ce qui concerne sa fonction de compléter les lois, a fortiori, il l'est également lorsque de son propre mouvement dans la limite de sa compétence, l'Administration établit une règlementation.

La jurisprudence est en la matière assez rare. Nous avons déjà cité en matière de refus de prendre un règlement de comprément, les arrêts Angevin et Syndicat des Chaussées du Tribon d'Arles (202) dont la solution est certainement valable pour le refus d'élaborer un règlement initial.

Il semble que l'on peut trouver une confirmation de ces arrêts dans les décisions Commune de Faguieres (203) et Lombard (204) qui, toutes deux, ont trait à un refus de compléter ou de modifier par voie de règlementation générale, des décrets se suffisant à eux-mêmes et ne prévoyant d'être ni complétés, ni modifiés. Dans les deux cas, le Conseil d'Etat s'est borné à rejeter les requêtes comme insusceptibles d'être poursuivies par la voie contentieuse.

Cette formule laconique exige quelques brèves explications.

Le doyen Bonnard (205) estime que le règlement, qui formellement est un acte administratif comme émanant d'un organe qui a la qualité administrative, est cependant du point de vue matériel un acte législatif, puisque comme celui-ci il est un acte qui statue par voie générale : « La loi et le règlement se distinguent bien matériellement par la nature de la règlementation générale, suivant qu'elle est initiale et inconditionnée, ou subordonnée. Mais, malgré cette différence, ils restent tous deux des actes législatifs parce qu'ils contiennent également des règlementations par voie générale ».

Si l'on se souvient que l'autorité législative est pleinement souveraine dans l'exercice de sa fonction, il faut en dire autant des autorités administratives qui alors sont certainement libres d'émettre ou de ne pas émettre une règlementation initiale, puisque l'initiative de la loi se confond avec celle des règlements dans la mesure ou ces deux actes disposent par voie générale.

Mais il semble que l'on puisse raisonner plus simplement. Car, si la loi est hors du contrôle du juge, cela tient uniquement au fait que le Parlement n'est pas autorité administrative. Le pouvoir discrétionnaire de l'Administration repose à notre sens, non sur une assimilation matérielle de la loi et du règlement, mais sur ceci que l'élaboration d'une règlementation générale et initiale est une question d'opportunité que le juge ne doit pas apprécier.

On peut reprocher à des services de police d'avoir été négligents : on ne peut reprocher au Président de la République de n'avoir pas édicté le Code de la Route, sinon ce serait permettre au juge d'enjoindre à l'Administration de faire un règlement, en lui précisant même les mesures règlementaires qu'elle doit prendre. Le principe de la séparation des pouvoirs lui interdit d'agir ainsi. Et la jurisprudence relative à la méconnaissance de la chose jugée contre elle par l'Administration, ne peut que nous

---

(202) V. *supra*, p. 129.
(203) *C.E.*, 6 juillet 1894 R., p. 462.
(204) *C.E.*, 12 janvier 1912 R., p. 61.
(205) *Précis de droit administratif*, 4me édit., p. 281 et s.

apporter une preuve supplémentaire, puisqu'elle relève que l'Administration, dont un règlement vient d'être annulé, n'est pas obligée d'en faire un autre conforme aux vœux du requérant.

§ 2. — *L'inexécution des règlements.*

Une très ancienne décision du Conseil d'Etat parait avoir admis que lorsqu'un règlement a été longtemps laissé en sommeil et qu'il s'est établi par la suite un constant usage contraire, cette inexécution puisse être assimilée à une sorte de désuétude. Il y aurait donc là une différence capitale entre le règlement et la loi dont l'abrogation par désuétude n'a jamais été admise. Le Conseil d'Etat avait en effet décidé que les adjudicataires du service des ponts sur la Seine, n'étaient pas fondés à réclamer de l'Administration l'exécution d'un règlement du 14 juin 1701, consistant, à fin d'application du tarif des prix que doivent payer les bateaux aux chefs de service des ponts, en leur mensuration par leur bordage, alors que s'était depuis longtemps établi l'usage de les mesurer en ligne droite, de la proue à la poupe, usage qui était alors respecté à l'époque de l'adjudication (206).

Touefois, cette jurisprudence ne semble pas avoir jamais eu de suite. Par un arrêt Duhoux (207) relatif à l'inexécution d'un règlement d'administration publique, préfigurant de façon très nette sa jurisprudence relative à l'inexécution de la loi — d'autant plus qu'il avait été rendu en 1861, époque à laquelle on reconnaissait encore la nature législative aux règlements d'administration publique — le Conseil d'Etat jugea formellement que les administrés étaient en droit de réclamer l'exécution, à leur profit, des dispositions dudit règlement. Depuis cet arrêt, la jurisprudence n'a jamais varié et le problème de l'inexécution des règlements a reçu les mêmes solutions que celui de l'inexécution de la loi.

Le Conseil d'Etat examine en effet, à propos de chaque cas, si le règlement impose à l'Administration une obligation d'agir. C'est donc aussi une question de légalité, au sens large du terme.
En ce sens, on peut citer :

— L'arrêt Protectorat de l'Annam (208) : « Considérant qu'en vertu de l'arrêté du Résident Supérieur de l'Annam, en date du 12 novembre 1923, « l'autorisation de circuler ne sera accordée qu'aux entrepreneurs de transports pa voie automobile, qui justifieront s'être couverts auprès d'une Compognie d'Assurance, des risques d'accident, survenus envers les voyageurs transports ». — Considérant qu'il n'est pas contesté que l'autorisation de faire circuler le véhicule en cause, pour le transport des personnes, a été délivrée... par le Résident Supérieur, au sieur Ngo-Chau-Lieu, alors que ce dernier n'avait pas contracté d'assurance... que l'Administration, en accordant cette autorisation et en laissant circuler ce véhicule dans ces conditions, a commis une faute lourde, de nature à engager la responsabilité du Protectorat ».

---

(206) *C.E.*, 15 mars 1826 Ducoudray et Foret, 169.
(207) *C.E.*, 1er juin 1861, *R.*, p. 473.
(208) *C.E.*, 2 juin 1933. *S.*, 1933-3-119.

— L'arrêt Le Moult (209) : « Considérant que ces irrégularités ont eu pour effet de favoriser indûment des concurrents du requérant, et ainsi de réduire dans une certaine mesure les commandes dont ce dernier eut bénéficié, qu'en n'assurant pas l'exécution du règlement, le Commissaire Général et le Commissaire de la Section de la Guyane — qui d'ailleurs avaient été saisis de réclamations du sieur Le Moult signalant les faits sus-mentionnés, ont commis des fautes engageant la responsabilité de l'Etablissement public, constitué par la loi du 22 juillet 1927, sous le nom d'Exposition Coloniale Internationale ».

— L'arrêt Bohler (210) : « Considérant qu'en négligeant... d'user de ses pouvoirs et notamment des moyens prévus par l'arrêté du 8 novembre 1936 pour assurer l'application des dispositions du dit arrêté, restreignant les ventes de vin et d'alcool par des personnes autres que les titulaires des licences, le Gouvernement des Etablissements Français d'Océanie a commis une faute de nature, dans la mesure où elle a causé un préjudice aux débitants régulièrement autorisés, à engager à la responsabilité de l'Etat ».

— L'arrêt Deniau (211) : « Considérant que d'après l'article 6 du règlement municipal sur la police intérieure du cimetière, en vigueur lors de la demande adressée pra les requérants, à la ville de Châteaudun, les fosses devaient être séparées par un passage de 0 m. 50 ; que l'article 9 du même règlement prohibe les plantations d'arbres ou d'arbustes et les saillies de toute nature anticipant sur le passage réservé autour de chaque tombe ; qu'il résulte de la combinaison de ces dispositions qu'un espace libre de 0 m. 50 au moins devait exister entre les tombes ou monuments funéraires ; que par suite, en laissant construire ou subsister des tombes situées à moins de 0 m. 50 de deux tombes, sur lesquelles les consorts Deniau prétendent avoir des droits, le service public des cimetières a commis une faute, de nature à engager la responsabilité de la commune ».

Ces arrêts présentent tous quatre des points communs. Tout d'abord, ils relèvent de façon minutieuse et précise les obligations qui incombent à l'Administration en vertu du règlement qu'elle a édicté ; ensuite, ils s'attachent à démontrer que son inertie constitue une illégalité quand elle consiste en une violation des droits reconnus aux administrés par le règlement. Enfin, il semble prouvé que l'inexécution d'un règlement engage la responsabilité de l'Administration si elle s'analyse en une illégalité — (c'est peut-être en ce sens qu'il faut interpréter le terme « faute lourde » qui se trouve dans l'arrêt Protectorat de l'Annam).

Nous ne retrouvons plus ici l'exigence d'un refus systématique d'exécution qui paraissait être formellement requis dans l'hypothèse du refus d'application de la loi à toute une catégorie d'assujettis (212). Certains arrêts antérieurs à ceux que nous venons de citer et relatifs à l'inexécution d'un règlement qui avait défavorisé des individus à l'égard desquels le règlement était

---

(209) *C.E.*, 10 mai 1935, *R.*, p. 541.

(210) *C.E.*, 10 décembre 1937, *R.*, p. 1017.

(211) *C.E.*, 10 décembre 1937, *R.*, p. 1022.

(212) C.E., 24 mars 1922, Chambre Syndicale des Fabricants d'eaux gazeuses de Paris précité, p. 126 n. 168.

exécuté, exigeaient cependant, eux aussi, que cette inexécution résulte d'un refus systématique d'exécution (213).

Faut-il voir là une évolution qui se répercutera sur la jurisprudence relative à l'inexécution de la loi, à l'encontre de toute une catégorie d'assujettis ?

On peut se demander si la jurisprudence relative à l'inexécution des règlements n'est pas déjà intervenue pour préciser les décisions du Conseil d'Etat concernant l'inexécution des lois. Nous avons vu, en effet, que certains auteurs (214) soutenaient que l'inexécution générale de la loi ne pouvait ouvrir un quelconque droit à indemnité, le requérant ne pouvant, à raison même de cette inexécution générale, justifier d'un préjudice spécial. Selon eux, l'arrêt Van Outryve (215) s'expliquerait en raison du caractère particulier de la loi qu'il s'agissait d'appliquer et des délais préfix imposés pour son exécution.

Or, un arrêté Siskind (216) de quelques mois postérieur seulement à l'arrêt Van Outryve et relatif, semble-t-il, à l'inexécution générale d'un règlement, a décidé le rejet du recours, non parce que le requérant ne justifiait pas d'un préjudice spécial, mais parce qu'en fait, il ne justifiait d'aucun préjudice. Ce qui autorise à dire que s'il avait pu rapporter la preuve de celui-ci, l'inexécution du règlement aurait constitué une illégalité engageant la responsabilité de l'Administration.

Toutefois, il est possible d'interpréter autrement cet arrêt Siskind. En effet, ce dont se plaint le requérant, c'est de l'inapplication à autrui de la règlementation et non pas à lui-même : il ne réclame pas une prestation, il demande seulement que le règlement soit exécuté contre certains individus. Or, dans l'arrêt Van Outryve, la société requérante se plaignait de ce que le bénéfice de la loi lui avait été refusé. Dans l'affaire Siskind, le requérant est débouté, parce qu'il ne prouve pas que la réglementation inexécutée contre d'autres l'ait été à son détriment et aussi, parce que cette inexécution ne paraît pas constituer une violation des obligations que le règlement impose à l'Administration.

Aussi, l'arrêt Siskind semble devoir être joint au groupe formé par les quatre arrêts : Protectorat de l'Annam, le Moult, Bohler et Deniau et confirmer purement et simplement la jurisprudence relative à l'inapplication d'une loi ou d'un règlement à une catérogie d'assujettis.

Il n'y a donc pas, à l'heure actuelle, de jurisprudence concernant l'inexécution générale d'un règlement. Il est à prévoir qu'elle suivra celle qui se dessine présentement en matière d'inexécution générale de la loi, en vertu de cette idée que, inexécution générale de la loi et inexécuion générale d'un règlement, consistent toutes deux en l'inexécution générale de dispositions générales.

---

(213) *C.E.*, 5 mars 1915 Bourgeois 62, 21 novembre 1923 Baudet 737.
(214) V. *supra*, p. 123
(215) *C.E.*, 6 juillet 1934, précité, p.
(216) *C.E.*, 12 octobre 1934. *R.*, p. 918.

Sous-Section 2. — Suppression des règlements

C'est par cette possibilité de suppression que les règlements diffèrent essentiellement des lois. En effet, l'organe législatif détermine seul souverainement si une loi doit être abrogée. Car, il n'est pas de loi illégale. Il en est autrement pour les règlements qui, initiaux ou subordonnés, ne s'imposent aux administrés qu'à la condition d'être légaux.

Les administrés disposent alors contre eux du recours pour excès de pouvoir, susceptible d'aboutir à une annulation « erga omnes » des règlements illégaux incriminés. Ceux-ci annulés, ne peuvent plus servir de support à aucune action administrative, à aucune décision individuelle.

Mais le recours ne peut être intenté que dans les deux mois de la publication du règlement. Or, en raison de ce délai très bref, la publication a pu être ignorée, surtout en matière de règlements municipaux, de ceux qui, à ce moment, étaient absents de la Commune, et de ceux qui sont venus s'y installer et qui se sont trouvés en présence d'une règlementation préexistante, prise depuis longtemps et contre laquelle il leur est, par définition, impossible de recourir.

Les intéressés peuvent évidemment exciper de l'illégalité des règlements à l'occasion des poursuites pénales. Mais, le juge de la contravention n'est pas obligé de surseoir à statuer jusqu'à ce que le juge administratif ait examiné la légalité du règlement. De plus, lorsque celui-ci statue, sa décision n'a d'effet qu'en ce qui touche la condamnation en suspens.

Les administrés peuvent aussi demander l'annulation des mesures d'exécution du règlement qu'ils ne peuvent plus directement attaquer.Mais ce recours ne paralyse que les effets du règlement, il ne supprime pas celui-ci.

Par conséquent, une fois expiré le délai de deux mois à partir de la publication du règlement, on ne peut demander à l'autorité qui l'a émis, de le supprimer, de le retirer, alors même qu'il serait illégal dès son origine, ou le serait devenu à la suite d'un changement dans la législation ou dans les faits qui conditionnent sa légalité. Le Conseil d'Etat en effet, paraissait n'examiner la légalité des règlements qu'au jour de leur émission (217).

Cependant, il n'est pas niable que cette permanence de l'illégalité a quelque chose de choquant. Aussi, le Conseil d'Etat se décida à déclarer illégal un règlement devenu tel par suite d'un changement de législation et stipula qu'un arrêté de police ne pouvait être maintenu que s'il n'était pas contraire à la légalité nouvelle (218).

Mais il devait en être de même au cas de changement dans une situation de fait. Une amorce d'évolution peut être trouvée dans deux arrêts du Conseil d'Etat (219) où il était dit qu'aucun motif tiré des nécessités actuelles de maintenir l'ordre public, ne pouvait être invoqué pour légitimer la prohibition de cérémonies traditionnelles du culte.

L'arrêt Retailleou (220) met un point final à cette évolution.

---

(217) *C.E.*, 9 janvier 1929 Abbé Pécharmant. *D.*, 1929-3-55 *n. P.L.J.*

(218) *C.E.*, 1er mars 1929, *D.H.*, 1929-239.

(219) *C.E.*, 20 mars et juillet 1925, p. 289 et p. 625.

(220) *C.E.*, 26 janvier 1929, *D.*, 1929-3-57.

En effet, s'il oppose une fin de non-recevoir en raison de l'expiration du délai de recours pour excès de pouvoir, il relève surtout que le requérant n'a adressé à l'Administration aucune demande pemettant au juge de l'excès de pouvoir d'examiner la légalité du règlement, à la suite du refus ou du silence de l'Administration. Or, le Conseil d'Etat ne dit pas que, par cette demande, il entend une demande relative à une décision individuelle, prise en exécution du règlement prétendu illégal. Il ne peut s'agir que d'une demande de retrait de ce règlement.

Cette interprétation a été confirmée par l'arrêt Despujols (221) qui pose définitivement les principes d'une jurisprudence qui, par la suite, n'a jamais varié : « Considérant qu'il appartient à tout intéressé, dans le cas où les circonstances qui ont pu motiver illégalement un règlement municipal, ont disparu, de saisir à toute époque le maire d'une demande tendant à la modification ou à la suppression de ce règlement, de se pourvoir, le cas échéant, devant le Conseil d'Etat, contre le refus ou le silence du Maire ; mais que, s'il entend former devant le dit Conseil un recours direct, tendant à l'annulation pour excès de pouvoir du règlement lui-même, il doit présenter ce recours dans le délai de deux mois à partir de la publication, soit de l'arrêt attaqué, soit de la loi qui serait venue ultérieurement créer une situation juridique nouvelle ».

En conséquence, il résulte de cette jurisprudence, initialement relative aux règlements municipaux, mais par la suite étendue à toute espèce de règlement (222), que :

— ce recours en annulation est possible dans les deux mois de la publication du règlement ou de la loi nouvelle qui, ultérieurement, a créé une situation juridique nouvelle.

— la demande du retrait ou de la suppression est possible à toute époque, lorsque les circonstances de fait qui justifiiaent le règlement ont changé, mais de façon importante, ainsi qu'il fut précisé par la suite (223).

Cette jurisprudence maintenant définitivement établie (224) est extrêmement intéressante en raison des possibilités qu'elle offre aux administrés. Non pas tant en ce qui concerne le recours contre les règlements, dans les deux mois, de la loi nouvelle qui vient modifier la législation qui les légitimait, mais surtout en ce qui concerne l'éventuelle obligation de l'Administration, d'avoir en tous temps, à retirer ou à modifier une réglementation deveillégale à la suite de circonstances de fait nouvelles. Les administrés sont donc en droit d'exiger que pareille règlementation siot amendée ou supprimée. Le pouvoir discrétionnaire de l'Administration cesse ici, en saison du principe de légalité. Mais il sub-

---

(221) *C.E.*, 16 janvier 1930, *D.*, 1930-3-16 *n. P.L.J. S.*, 1930-3-41 n. Alibert.

(222) *C.E.*, 28 novembre 1930 Venture 1010 : il s'agissait d'un recours d'usagers tendant au retrait des décrets accordant à un concessionnaire la possibilité de percevoir un droit de surtaxe d'irrigation sur l'ensemble des usagers sans exception.

(223) *C.E.*, 24 juin 1938. Chambre de Commerce de Dakar, *D.H.*, 1938-354.

(224) *C.E.*, 3 février 1933 abbé Lahure 153, 24 janv. 1934 abbé Morel 108, 14 février 1936 abbé Chapelain, 205, 1er avril 1936 Syndicat des Epiciers détaillants 435, 19 octobre 1938 abbé Corbière, 3 juillet 1946 Lévêque, 10 juillet 1946 abbé Dupuy, 22 janvier 1947 abbé Blanchard, 21 mars 1947 abbé Poncelet (ces quatre arrêts in *S.D.J.*, n° 3, mars-avril 1947, p. 62).

siste en ceci, que les autorités publiques ne sont en rien obligées de promouvoir de nouveaux règlements, leurs décisions individuelles sont simplement irrégulières comme manquant de base légale.

Car la jurisprudence, relative au retrait des règlements, n'est que la conséquence de l'effort fourni par le Conseil d'Etat, pour assurer une plus grande recevabilité aux recours pour excès de pouvoir.

Le mouvement avait commencé, en ce qui a trait à la suppression des règlements, par la jurisprudence qui avait admis que le refus opposé à une demande de suppression d'un sanctionnement électoral pouvait pratiquement faire revivre le recours pour excès de pouvoir contre ce sectionnement (225). C'était la suite logique des décisions par lesquelles le Conseil d'Etat avait cessé d'opposer aux électeurs, en matière de sectionnement, la fin de non-recevoir, tirée de l'existence d'un recours parallèle (226). Car, à l'époque où ces décisions furent rendues (1903), il y avait presque vingt ans que la loi du 5 avril 1884 était en vigueur, et c'eut été laisser les Conseils Généraux libres d'établir des sectionnement électoraux irréguliers qui seraient demeurés à l'abri de toute réclamation, si le Conseil d'Etat n'avait pas admis le recours pour excès de pouvoir contre le refus de suppression des sectionnements irréguliers.

Enfin, il convient de rapprocher cette possibilité infinie de recours contre les actes réglementaires, de la faculté offerte aux tiers de recourir sans condition de délai contre les autorisations illégales accordées par l'Administration. On sait qu'après avoir longtemps décidé que les tiers étaient sans intérêt pour agir dans ces circonstances (227), le Conseil d'Etat avait fini par revenir sur sa jurisprudence (228). Il alla même plus loin et décida que ce recours pouvait être exercé une fois expiré le délai de deux mois, alors que l'Administration ne peut exercer le retrait des actes administatifs individuels que dans le délai du recours pour excès de pouvoir. Ceci est justifié parce que la notification qui est « res inter alios acta », ne peut fixer le point de départ des délais du recours pour excès de pouvoir, à l'encontre des tiers. Il va sans dire que, lorsque la décision est publiée, la publication fait courir le délai, même à l'égard des tiers (229).

Il n'en reste pas moins que le droit d'exiger en tout temps le retrait des règlements généraux, constitue un sérieux moyen de pression à l'encontre de l'Administration. Toutefois, il faut signaler que ce retrait n'a pas l'effet général que comporterait l'obligation pour l'Administration d'édicter une règlementation. Car l'Administration à qui on demande de supprimer un règlement, ou du moins de le considérer comme lettre morte, ne peut retirer les décisions individuelles prises en exécution de ce règlement, que dans les délais du recours pour excès de pouvoir et non pas indéfiniment.

---

(225) *C.E.*, 3 avril 1908 Guibel 301, 24 décembre 1920 Jullien 1138.

(226) *C.E.*, 24 juillet 1903, commune de Massat et 7 août 1903 Chabot *S.*, 1904-3-1 n. Hauriou.

(227) *C.E.*, 13 novembre 1896, Vincent 727.

(228) *C.E.*, 3 mars 1905. *D.*, 1906-3-102, 17 mars 1911 Roubeau 341.

(229) Sur ces points cf.: *C.E.*, 5 novembre 1926. Stella-Bourdillon 941, 8 février 1929 *Ott D.*, 1932-3-7, 27 avril 1932 Tettelin, *D.*, 1932-3-14, *n. P.L.J.*

SECTION 5. — L'INEXECUTION DES DECISIONS DES ASSEMBLEES DELIBERANTES LOCALES PAR LEURS ORGANES D'EXECUTION

La dualité délibération-exécution se retrouve dans l'organisation des Administrations décentralisées dont elle constitue le droit commun. Les lois du 5 avril 1884 et du 10 août 1871, en ce qui concerne l'organisation des Communes et des Départements en sont un exemple typique : délibération attribuée aux Conseils Municipaux et Généraux, exécution confiée aux Maires et Préfets. A des degrés divers et suivant des formules adaptées aux besoins, cette distinction se trouve reproduite dans les divers organismes décentralisés. Généralement, l'organe d'exécution est un individu : il peut être parfois collégial, telle la Commission départementale élue par le Conseil Général parmi ses membres et destinée à contrôler, de façon permanente, l'administration du Préfet.

A ce titre, il nous a paru intéressant d'étudier le problème de l'inexécution des délibérations des Assemblées locales par leurs organes d'exécution, les rapports de ces autorités étant, à première vue, assimilables aux rapports du Parlement et du Gouvernement.

On pourrait être tenté, en effet, d'assimiler cette dualité délibération-exécution à la séparation des autorités législative et exécutive. Mais l'analogie n'est pas complète, car les autorités locales exécutives ne sont pas sous la dépendance des organes délibérants. Elles sont soumises à un statut complexe : les Préfets ne sont pas élus par les Conseils Généraux, mais nommés par le Gouvernement. Les maires, bien qu'élus par les Conseils Municipaux, sont en même temps, comme les Préfets, agents de l'Etat, fonctions qui sont un écho de l'époque où ils étaient nommés par le pouvoir central.

On a souvent proposé de faire des Conseils délibérants locaux, de petits Parlements à compétence limitée et de leur accorder la nomination de leurs organes exécutifs, afin de mettre ceux-ci sous leur dépendance. Une amorce de réforme en ce sens se trouve dans la Constitution du 27 octobre 1946, dont le Titre X prévoit, en quelque sorte, l'alignement de l'organisation départementale sur l'organisation communale, lorsqu'il dispose, dans l'article 87 (al. 2), que l'exécution des décisions des organes délibérants des collectivités territoriales doit être « assurée par leur Maire et Président ». Cette réforme visant l'élargissement des libertés locales et se voulant totale, était trop difficile à mettre en œuvre — et trop discutable aussi — pour que nos Constituants aient eu le courage de la promouvoir. Il faut remarquer par ailleurs qu'elle ne doit s'adresser qu'aux collectivités locales, et en ce qui concerne la nomination de l'exécutif aux départements seulement. A ce titre, on a voulu créer de véritables franchises départementales et spécialement faire du Président du Conseil Général le seul organe d'exécution des décisions de celui-ci, de façon à éliminer, sur ce point, le rôle et la personnalité du Préfet, qui serait alors cantonné dans les fonctions de représentant de l'Etat et du Gouvernement.

Les constituants ont renvoyé cette réforme à des lois organiques et prévu, dans l'article 105, un régime transitoire dont l'alinéa 2 stipule, sur le sujet qui nous intéresse, que : « ... les actes accomplis par le Préfet en sa qualité de représentant du Département, seront exécutés par lui sous le contrôle permanent du président de l'Assemblée départementale ».

Nous n'avons pas à traiter ici d'une réforme encore à l'état de projet (230). Il convient seulement de dire un mot de la « collaboration » imposée au Préfet et au Président du Conseil Général. Aucun texte législatif ou règlementaire n'est venu en préciser le contenu, mais une simple instruction du Ministère de l'Intérieur, en date du 12 novembre 1946. Celle-ci dispose que les Préfets assurent seuls l'exécution des lois et décisions du Gouvernement, l'exercice de la tutelle des collectivités locales et départementales, la direction et la coordination des fonctionnaires de l'Etat. C'est seulement à l'égard des mesures qui intéressent la préparation et l'exécution du budget et des délibérations que le Préfet doit rechercher l'accord du Président du Conseil Général. Afin de ne pas paralyser l'action préfectorale, poursuit l'instruction, l'entente des deux autoités doit se manifester, non pas à propos de chaque mesure, mais au préalable sur une politique à suivre. Manière de procéder qui, aux dires de l'instruction, ne fait que confirmer la pratique habituelle suivie par les Préfets.

Cette instruction affirme donc que l'article 105 de la Constitution de 1946 n'apporte rien de nouveau. Aux regards des tiers, seul le Préfet est organe d'exécution des délibérations du Conseil Général.

Pour l'instant, les organes locaux de délibération ne constituent toujours pas de parlement au petit pied. L'organe exécutif, au contraire du Gouvernement devant le Parlement, ne leur est pas politiquement soumis : il ne peut être renversé par un vote de défiance ; élu pour un temps déterminé, c'est la loi seule qui détermine les hypothèses de déchéance ; nommé par le Gouvernement, seul celui-ci peut le révoquer.

En outre, il est une différence essentielle entre les décisions du Parlement et celles des Assemblées délibérantes locales. Les lois sont exécutoires en tant que telles parce qu'elles possèdent, dès leur émission, la plénitude de la perfection juridique, alors que les délibérations des assemblées locales, qui ne peuvent porter que sur des objets limités, sont quelquefois soumises à un contrôle préalable de tutelle — nous voulons parler des délibérations exécutoires, sauf approbation.

A notre sens, la position des exécutifs locaux à l'égard de leurs organes délibérant, se différencie essez nettement de celle du Gouvernement à l'égard du Parlement. Elle s'en rapproche au contraire si l'on considère les possibilités de recours des administrés. De même qu'il leur est possible d'exiger, à leur profit, l'exécution des lois, en vertu du principe de légalité qui veut que la décision exprimée dans la loi soit respectée, donc exécutée par le Gouvernement, de même il leur est possible de demander l'exécution, à leur profit, de la délibération régulière exécutoire

---

(230) Sur ces points cf. Doueil : « l'Administration locale à l'épreuve de la guerre et de ses conséquences », *Thèse Toulouse*, 1948, p. 398 à 482, spécialement p. 407 à 413, p. 414, p. 481.

d'une assemblée locale, délibération qui, tout autant que la loi ou qu'un règlement, mais dans des limites plus étroites, établit aussi une règle de droit.

Le plus difficile est certainement de déterminer en quoi consiste la fonction exécutive des organes exécutifs locaux. Car ils sont aussi doués de pouvoirs propres, non seulement comme le Maire et le Préfet en tant qu'agents de l'Etat, mais aussi en tant qu'agents des collectivités locales.

Tout comme le Gouvernement à l'égard des lois, les Maires et les Préfets ne sont pas nécessairement des exécutants passifs. Si le Maire, lorsqu'il conclue des marchés et des baux, passe des actes en formes légales (al. 6-7 art. 90, L. 1884) n'est, aux dires du Conseil d'Etat (231) qu'un simple exécutant matériel, il n'en est plus de même lorsqu'il s'agit d'administration au sens large du terme (art. 82, art. 123), lorsque le Maire dirige des travaux et qu'il fait respecter, par les entrepreneurs, les décisions du Conseil Municipal (al. 4, art. 90), enfin, lorsqu'il exécute le budget communal : dans tous ces cas, il est exécutant actif et, à ce titre, il peut posséder un certain pouvoir discrétionnaire. De même que chaque loi et chaque règlement déterminent la marge discrétionnaire du Gouvernement, de même chaque délibération du Conseil Municipal ou Général détermine celle du Maire ou du Préfet.

Les mêmes principes de solution doivent donc intervenir pour résoudre tant le problème de l'inexécution des lois que celui de l'inexécution des délibérations des assemblées locales (232). Il ne faut pas confondre l'action dirigée contre l'organe d'exécution et l'action dirigée contre la personne morale qu'il représente : le refus d'exécution de l'autorité exécutive peut, en effet, l'engager seule ; c'est ainsi que le Conseil d'Etat refuse à un administré d'agir contre une commune selon la voie spéciale de l'article 123 de la loi de 1884, car le refus du Maire d'intenter l'action en justice, contrairement à une délibération du Conseil Général, n'est imputable qu'à lui seul et non à la Commune qui, par le fait même, n'a pas négligé de faire valoir ses droits en justice (233). La jurisprudence n'est pas très riche en la matière du refus d'exécution, car les administrés ont beaucoup plus l'occasion d'attaquer les délibérations elles-mêmes que leur exécution ou refus d'exécution. Toutefois, il semble que l'on puisse dégager les règles suivantes :

Dans l'ensemble les exécutifs locaux possèdent, d'une façon générale, le choix du moment de l'exécution. Toutefois, il n'en est plus ainsi si la délibération porte date d'exécution formelle et même implicite, s'il s'agit par exemple de l'organisation d'une fête locale. Par ailleurs, il est sur que le Maire ne peut retarder indéfiniment l'exécution des travaux, quand il y a eu marché

---

(231) *C.E.*, 8 avril 1811 commune d'Ousse-Suzan 468 concl. Pichat. S., 1913-3-49, n. Hauriou.

(232) Nous ne traitons ici que du recours des administrés et non des membres des Assemblées locales. Ce dernier recours du moins en tant que tel est d'ailleurs déclaré irrecevable par le *C.E.*: 31 mars 1905 commune de Caudecoste 334. Peut-être devrait-il en être autrement si les membres des Assemblées locales agissaient « ut singuli ».

(233) *C.E.*, 9 décembre 1904. Lecler 801.

conclu avec la commune, sans risquer d'engager la responsabilité de celle-ci (234).

Il semble aussi que le choix du moment ne puisse plus être discrétionnaire quand il s'agit pour l'exécutif d'obtempérer à une délibération lui enjoignant d'intenter une action en justice enclose dans certains délais de procédure.

Une des formes les plus courantes de l'inexécution est « l'exécution à côté ». Il y a là une illégalité de plus que dans le simple refus d'exécution. Par ce procédé, en effet, l'exécutif local arrive à transformer la volonté de l'Assemblée délibérante. Aussi, le Conseil d'Etat s'est-il toujours montré très strict, annulant ainsi pour excès de pouvoir l'acte d'un Maire qui, contrairement à des délibérations antérieures du Conseil Municipal, avait ordonné le transfert d'une école de filles dans l'immeuble neuf primitivement réservé à celle des garçons (235) — ou qui avait conclu un bail pour une durée plus longue que celle prévue par le Conseil Municipal (236) — ou qui avait procédé à l'adjudication de la location du presbytère, alors que le Conseil Municipal avait déjà décidé que le presbytère serait loué au desservant de la paroisse et selon un loyer préalablement fixé (237).

Avec le refus pur et simple de l'exécution, nous nous trouvons en présence d'une situation différente. L'Exécutif peut manifester par là son veto, sa volonté de faire pièce aux décisions de l'Assemblée. Il prend donc une décision et le refus d'exécution s'il est jugé irrégulier, peut donner lieu à un recours pour excès de pouvoir, au contraire des simples actes d'exécution par lesquels l'Exécutif « s'est borné à assurer l'exécution de la délibération dont s'agit » (238). Le Conseil d'Etat a toujours examiné, à propos de chaque affaire, quel était le pouvoir discrétionnaire de l'Exécutif. Il est, par ailleurs, certain qu'il ne lui a jamais reconnu un droit de veto absolu, qui, non seulement lui attribuerait le droit de s'opposer à une délibération, mais encore de s'opposer à l'exercice éventuel de la tutelle. Il s'agit donc d'une question de fait : toute délibération oblige, mais uniquement dans la mesure de son contenu. C'est ainsi que si un Conseil Municipal alloue des crédits pour des dépenses imprévues, c'est au Maire de dire s'il y a ou non dépenses imprévues (sous réserve, bien entendu, du décret-loi du 25 juin 1934, article 2, qui a défini restrictivement les dépenses imprévues). C'est aussi au Maire de décider si le bénéficiaire d'une subvention à personne non désignée, correspond aux conditions exigées par la subvention (239).

Le Conseil d'Etat s'attache à discerner dans chaque cas la portée de l'obligation que l'exécution de la délibération confère à l'autorité exécutive. Dans un arrêt Chauvin (240), il estime

---

(234) Sur ces points cf. Rivero : « Le Maire exécuteur des délibérations du Conseil Municipal », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1937, p. 556.

(235) *C.E.*, 5 août 1904, Quesney 665.

(236) Commune d'Ousse-Suzan, *précité*.

(237) *C.E.*, 8 décembre 1911, Belle, 1148.

(238) *C.E.*, 16 mars 1927 Bilges 341, 5 février 1936 Catelet.

(239) Les fonctions du Maire étant très complexes, il convient de distinguer les exécutions des délibérations du Conseil Municipal et celles exigées par la loi ou les règlements édictés par l'autorité centrale.

(240) *C.E.*, 22 novembre 1933, 1076.

que la délibération du Conseil Municipal enjoignant à un Maire de procéder à un échange de terrains entre la commune et une société industrielle, était parfaitement régulière, que le Maire devait l'exécuter, et que son inaction justifiait l'arrêté de substitution de l'autorité préfectorale.

Une récente décision du Conseil d'Etat beaucoup plus précise, valide un refus d'exécution, motif pris de ce que la délibération prise antérieurement était illégale (241). Aux termes d'une loi de 1929, seul le personnel des services communaux, licencié pour suppression d'emploi, pouvait bénéficier des bonifications de pension prévues par la loi. Le texte ne disait rien pour le personnel des Etablissements Publics. Ce qui n'empêcha pas la Commission administrative du Bureau de bienfaisance de Marseille, qui envisageait des mesures de licenciement pour suppression d'emploi, de décider d'allouer les mêmes bonifications à son personnel. Ceci était manifestement contraire à la loi. Et, le Conseil d'Etat déclara que l'Administration de l'Assistance publique de Marseille, substituée au Bureau de bienfaisance par les décrets du 20 mars et du 29 juillet 1939, avait valablement refusé d'exécuter cette délibération, quand bien même les requérants justifieraient avoir déjà bénéficié de la bonification.

Toutefois, il faut signaler que l'exécutif ne peut toujours, pour justifier son refus, invoquer l'irrégularité de la délibération. Ceci est vrai dans la mesure où il dispose de voies spéciales de recours pour attaquer la délibération elle-même. Il en est ainsi du Maire et du Préfet à l'égard du Conseil Municipal et du Conseil Général : un maire qui, pour refuser l'application à un fonctionnaire municipal du statut du personnel, prétend que celui-ci est illégal, ne peut valablement lui opposer cette fin de non-recevoir devant le Conseil d'Etat, car il n'avait pas demandé au Préfet de déclarer la nullité de la délibération, par application de l'article 65 de la loi du 5 avril 1884 (242).

Tels sont les traits du recours des administrés contre le refus d'exécution des délibérations des assemblées locales. Mais il faut signaler que la sanction de l'inertie exécutive par les administrés n'est pas seule. En premier lieu, l'autorité de tutelle peut se substituer à un exéctuif négligeant (243). Nous verrons ultérieurement (244) s'il est donné aux administrés le droit d'exiger le fonctionnement à leur profit des pouvoirs de tutelle.

En second lieu, il est admis que l'organe exécutif peut être en certaines occasions déclaré responsable à l'égard de la collectivité qu'il représente : cette responsabilité a été mise en jeu à propos des Maires ayant commis des actes irréguliers (245) sauf si ceux-ci ont été profitables à leurs communes (246) ou si le Maire a eu l'intention d'accomplir des travaux utiles à la Com-

---

(241) *C.E.*, 19 décembre 1943. Administration de l'Assistance publique de Marseille, 263.

(242) *C.E.*, 13 janvier 1933 Piroelle, *S.*, 1934-3-54.

(243) Arrêt Chauvin, *précité*. *C.E.*, 6 juin 1888 Commune de Bézu-Saint-Eloi, 448.

(244) V. *infra*, p. 180 et s.

(245) *C.E.*, 9 mars 1935 Magnon. *D.*, 1935-3-12 n. Heilbronner.

(246) *C.E.*, 21 novembre 1930 de Kervagneu, *D.*, 1931-3-14, *n. P.L.V.*

mune et non à lui-même (247). Mais cette responsabilité n'existe qu'à l'égard de la collectivité locale, non à l'égard de l'organe délibérant qui se trouve démuni de tout véritable pouvoir de contrainte, réduit à des vœux ou à des blâmes, sans avoir jamais le droit de procéder lui-même à l'exécution (248).

Les administrés sont donc protégés contre l'inertie des exécutifs locaux, d'une part grâce au contrôle de l'autorité de tutelle et à la responsabilité de ces exécutifs devant la collectivité qu'ils représentent, d'autre part grâce aux recours pour excès de pouvoir et au recours en indemnité. En ce qui concerne ce dernier, il faut signaler que l'inertie de l'exécutif local peut, suivant les règles habituelles du droit administratif, constituer soit une faute de service, soit une faute personnelle, auquel cas elle relève de l'appréciation des tribunaux judiciaires.

---

(247) Cf. Rivero, *op. cit.*, p. 502.
(248) *C.E.*, 31 mars 1905 commune de Caudecoste, 324.

CHAPITRE III

LE PROLEME DE L'INEXECUTION ET LES RAPPORTS INTERNATIONAUX

Jusqu'à présent, nous avons étudié les rapports internes des autorités exécutives et législatives : nous avons vu que les simples particuliers pouvaient les mettre en mouvement dans la mesure où ils excipaient d'un droit ou d'un intérêt fondés sur la nature normative et non pas hiérarchique de la subordination de l'exécutif au législatif (au sens large du terme).

La situation se présente différemment lorsqu'il s'agit des relations de l'Etat Français avec les Etats étrangers. Celles-ci sont mises en œuvre par les services diplomatiques qui sont bien des services publics, mais offrent cette particularité de se mouvoir sur le plan international, et de mettre ainsi en cause directement l'Etat lui-même dans ses rapports avec les Etats étrangers à propos des intérêts et des réclamations de ses nationaux. Ceux-ci, en effet, peuvent être lésés, soit par un acte positif, soit par une abstention, soit par la législation et la règlementation d'un Etat étranger. Ils peuvent évidemment protester auprès de celui-ci. Mais ils risquent très souvent, parce qu'étrangers, de voir leur requête mal accueillie, ou en raison de l'inorganisation interne de l'Etat, d'être dans l'impossibilité de la présenter à une autorité compétente et impartiale. Aussi, préfèrent-ils demander à l'Etat Français d'intervenir auprès de l'Etat étranger cause du dommage. La protection diplomatique s'exerce ainsi sous forme d'intervention diplomatique.

Mais c'est là une forme extrême, « critique », de l'exercice du service diplomatique. Car, celui-ci peut être mis en mouvement sans affecter en rien les rapports inter-étatiques. Simplement par la requête d'un simple particulier qui ne lui demande pas plus qu'à un quelconque service interne, soit l'exécution à son bénéfice des lois et des règlements. Cependant, quel que soit la forme de l'action diplomatique, qu'elle tende à la prestation d'un bien ou d'un service, à l'intervention ou à la négociation diplomatique, elle est en principe considérée par une jurisprudence unanime comme insusceptible de débat contentieux. Toutefois, sur certains points, cette jurisprudence marque un fléchissement, limitant ainsi, dans une faible mesure, la théorie des actes de gouvernement.

Par contre cette théorie reprend, sauf rares exceptions, toute sa valeur, en ce qui concerne l'exécution des conventions internationales. L'individu qui fait grief au Gouvernement de n'avoir pas exécuté ou de se refuser à exécuter, là ou les clauses d'un traité lui reconnaissant certains avantages, se trouve dans la même situation que celui qui réclame la protection ou l'intervention du service diplomatique. Car, l'exécution ou l'inexécution administrative d'un traité sont, aux yeux de la jurisprudence, des actes de Gouvernement dont elle ne peut connaître. Mais il

est des cas où cette fin de non-recevoir n'est plus opposée aux requérants : nous verrons que la jurisprudence, dans cette matière comme dans celle de l'action diplomatique, fait application des mêmes principes.

Pour donner plus de clarté à l'exposé de notre sujet, nous étudierons l'action internationale du pouvoir exécutif, aux deux points de vue suivants :

Section 1. — L'inertie du service public diplomatique.

Section 2. — L'inexécution des conventions internationales.

SECTION I. — L'INERTIE DU SERVICE PUBLIC DIPLOMATIQUE

Le but de la diplomatie est d'assurer à la fois le respect et la sauvegarde des droits et intérêts de l'Etat et de ses ressortissants. On pourrait croire que la jurisprudence traite différemment l'action diplomatique selon qu'elle s'exerce dans l'intérêt de la collectivité ou des individus. En principe il n'en est rien, tant qu'il s'agit de l'action diplomatique comme telle. La théorie des actes de gouvernement disparaît seulement en certaines matières relatives à la protection diplomatique. Mais son emprise demeure totale dans la mesure où l'on cherche à incriminer les relations proprement interétatiques, c'est-à-dire la négociation, l'élaboration et l'abrogation des traités. Aussi, croyons nous utile d'étudier séparément ces deux moments de l'action diplomatique.

Sous-Section 1. — Le défaut de protection diplomatique

§ 1[er]. — *Application de la théorie des actes de gouvernement.*

Le service diplomatique est exercé par le Gouvernement, par ses agents en France et à l'Etranger. Il faut distinguer les agents diplomatiques et consulaires qui ne jouissent ni des mêmes attributions, ni des mêmes prérogatives. Les premiers représentent seuls l'Etat : les seconds sont surtout au service des nationaux vivant à l'étranger, leur compétence dépendant pour une grande part des conventions internationales, des lois de l'Etat de résidence, des termes du titre justificatif de leur mission (provision, commission ou patente). Le caractère particulier des consuls, qui vient de leur origine commerçante, n'empêche pas cependant de les considérer come de véritables agents publics (1) destinés à défendre « auprès des autorités étrangères leurs nationaux lorsqu'on viole à leur égard, soit la justice naturelle, soit les traités, quand on s'écarte à leur détriment, soit des dispositions, soit des formes établies par les lois du pays dans le cas où ils sont sujets à ces lois », à réclamer « en faveur de nos négociants et navigateurs les droits et avantages qui ont été stipulés », à solliciter « toutes les facilités qui n'étant pas accordées par les traités, peuvent être données sans porter atteinte aux lois et intérêts du pays », à pourvoir « à ce que les affaires qui intéressent nos nationaux et dont la décision appartient aux autorités étrangères,

(1) En ce sens Desaint : « Essai de classification juridique des actes et attributions des consuls ». *Thèse Paris* 1927, p. 9 à 22. Donnadieu : « Les consuls de France ». *Thèse Paris* 1928, p. 23 et p. 38. Patau : « De la situation comparée des agents diplomatiques et consulaires ». *Thèse Paris* 1910, p. 27 à 55.

soient expédiées avec promptitudes et conformément à la justice » (2).

On ne peut donc nier que depuis longtemps la fonction de protection diplomatique n'ait été attribuée aux Consuls. Fonction qui, semble-t-il, doit être exercée dans l'intérêt individuel des nationaux. Or, la jurisprudence lui applique le même régime qu'à la même fonction exercée par les agents diplomatiques qui sont cependant essentiellement des agents politiques destinés à s'occuper des relations inter-étatiques, et seulement indirectement des requêtes individuelles. Il est impossible, à l'heure actuelle, à un simple particulier, d'intenter un recours pour excès de pouvoir ou un recours en indemnité à l'occasion du refus ou du défaut de protection diplomatique. Dans ces deux cas, il se voit opposer une fin de non-recevoir, fondée sur l'impossibilité de critiquer contentieusement toute action diplomatique.

De manière constante, le Conseil d'Etat affirme le caracéère d'acte de Gouvernement du refus, par le Gouvernement français, d'intervenir après un Gouvernement étranger, en faveur d'un de ses ressortissants victime de la législation (3), de l'action ou de l'inaction du Gouvernement. « Considérant que la requête du sieur Dupuy soulève des questions relatives... à la réparation de préjudice causé à des résidents français par les agents ou les sujets de ces Gouvernements ; que ces questions se rattachent à l'exercice du pouvoir souverain dans les matières de Gouvernement et dans les relations internationales et ne sont pas de nature à être portées devant le Conseil d'Etat par la voie contentieuse (4).

Les mêmes principes sont appliqués, alors même que le requérant soutient que la protection française avait à être exercée non pas à l'encontre d'un Gouvernement, mais seulement à l'encontre des ressortissants de celui-ci. C'est ainsi que le sieur Thubé-Lourmand avait incriminé la carence des autorités françaises qui, au cours de la campagne de pêche de 1892, avaient insuffisamment protégé le requérant et ses compatriotes contre les empiètements des pêcheurs britanniques sur le « French Shore », de Terre-Neuve. Le Conseil d'Etat déclara cette requête irrecevable, dans des termes identiques à ceux de l'arrêt Dupuy précité, motif pris de ce que l'intervention qui avait été demandée au commandant de la station navale de Terre-Neuve, quoique directement dirigée contre des individus, serait fatalement devenue diplomatique, les pêcheurs anglais étant soutenus par leur Gouvernement (5).

La jurisprudence s'est toujours maintenue en ce sens, et rejette comme irrecevable tout recours concernant, soit le refus du Gouvernement de demander réparation du préjudice subi par un français arrêté arbitrairement (6) ou molesté (7) à l'étranger, soit le refus du Gouvernement d'intervenir ou d'appuyer une réclamation auprès d'une puissance étrangère (8), soit une prétendue faute des services diplomatiques, dont l'inaction aurait

---

(2) Instruction 8 août 1814, cité par Desaint, *op. cit.*, p. 68.
(3) *C.E.*, 6 juin 1834, Boisson 373.
(4) *C.E.*, 12 janvier 1877 Dupuy 47.
(5) *C.E.*, 10 février 1893 Thubé-Lourmand 114. Concl. Le Vavasseur de Précourt.
(6) *C.E.*, 12 mai 1911. Epoux Olszenski 551.
(7) *C.E.*, 18 juillet 1934 Rousset.
(8) *C.E.*, 11 février 1916 Monninot 79.

causé un préjudice au requérant, par une intervention tardive et malencontreuse (9).

En matière de défaut de protection consulaire, la jurisprudence a dopté une attitude identique. En effet, quelque soit l'auteur de l'acte, agent diplomatique ou consulaire, son action risque également d'aboutir à une intervention diplomatique. S'agissant alors de questions susceptibles de mettre en conflit l'Etat Français et un Etat étranger, le Conseil d'Etat considère que les rapports de droit cèdent le pas aux rapports des autorités et qu'à ce titre, il est incompétent pour statuer.

Cependant, le libellé de l'arrêt de Penhoat avait un temps permis de croire que le Conseil d'Etat examinerait au fond, la responsabilité des services consulaires (10). Un navire de commerce français avait été capturé à la Véra-Cruz, bloquée par les Etats-Unis, puis perdu à la suite d'une tempête. Le capitaine, après avoir dressé une liste des objets perdus, demanda à la France d'exiger réparation des Etats-Unis pour prise illégale et perte du bâtiment. Les négociations traînèrent (la capture datait du 20 mars 1847). Les héritiers du sieur Penhoat réclamèrent une indemnité au Gouvernement français, imputant la prise du navire à la négligence du Consul français, à la Véra-Cruz. Le Conseil d'Etat, saisi de l'affaire à la suite du refus gouvernemental de verser l'indemnité demandée, rejetta la requête, le Gouvernement français n'étant pas responsable de l'insuccès des négociations et aucune faute de négligence ne pouvant être relevée à l'encontre du Consul français. C'était, semble-t-il, avoir jugé au fond.

La jurisprudence ultérieure ne parut pas détruire immédiatement toutes les espérances fondées sur cette vieille décision. En effet, l'arrêt Poujade s'exprimait ainsi (11) : « Sur les conclusions tendant à ce que l'Etat soit déclaré responsable du préjudice qu'auraient subi les requérants sur la faute du Consul à Damas : considérant que les requérants n'établissent pas que le Consul de France ait commis une faute en remettant aux autorités ottomanes le dossier de la succession du sieur Bambino... ». Car le Consul estimait que ledit Bambino n'était pas français : il y aurait eu faute si les requérants avaient apporté la preuve de sa nationalité française. Mais sur ce point la décision n'est pas probante, car le Consul n'avait pas exercé de fonctions de protection diplomatique, mais une fonction notariale : or, à ce titre, ainsi que nous le verrons, ses actes ne sont pas protégés par la théorie des actes de gouvernement.

Par contre, si l'on considère la portée de l'arrêt relative au refus du Consul de France, à Damas, de donner aux requérants communication de pièces se trouvant au consulat, concernant le sieur Bambino, on voit réapparaître la théorie des actes de gouvernement. Le Conseil d'Etat a en effet décidé qu'il ne lui appartenait pas d'ordonner la communication de pièces ayant le caractère de correspondance diplomatique.

Mais les arrêts de Penhoat et Poujade sont les seuls qui prêtent à discussion. Et les décisions Simon (12), Chevalier (13),

---

(9) *C.E.*, 24 décembre 1926 Arnauld 1149.
(10) *C.E.*, 26 avril 1855 de Penhoat 313.
(11) *C.E.*, 23 décembre 1904. Poujade 873 concl. Teissier. *R.D.P.*, 1905 n. Jèze, p. 97.
(12) *C.E.*, 14 juillet 1862. *R.*, p. 531.
(13) *C.E.*, 8 février 1864. *R.*, p. 89.

Dupuy (précité), Bastide (14) et Arnaudon (15) montrent que le Conseil d'Etat a rejeté sans examen au fond : « Considérant... que dans la mesure où la requête se fonde à titre subsidiaire sur l'insuffisance de la protection accordée aux Français résidant à Barcelone par les agents consulaires français, elle soulève des questions qui se rattachant à l'exercice des pouvoirs du Gouvernement dans les relations internationales, ne sont pas de nature à être portée devant la juridiction contentieuse » (16).

Cet absentéisme des agents diplomatiques et consulaires, fort justement critiqué par les auteurs (17), aboutit à priver les nationaux à l'étranger, non seulement de tout droit, mais encore de toute voie de recours. La théorie des actes de Gouvernement ressuscite ainsi partiellement le deni d'administration.

Aussi, les auteurs s'élèvent-ils unanimement contre cette théorie. Certains (18) prétendent qu'il faudrait voir dans le refus d'intervention diplomatique, non un acte de Gouvernement, mais une acte discrétionaire. Mais cela ne permettrait en rien de mieux assurer le respect des droits individuels : à quoi bon un examen au fond, si l'on doit aboutir également à un rejet, tant sur le plan du recours pour excès de pouvoir, que sur celui du recours en indemnité ?

« Le service diplomatique est un service comme les autres ; il devrait, comme les autres, être assujetti à un contrôle juridictionnel » écrit M. Appleton (19). Mais, ainsi que le fait observer Schlosser (20), aucune loi, aucun règlement, aucun principe constitutionnel n'oblige le Gouvernement à intervenir. Cela n'a rien d'étonnant s'il s'agit d'un simple intérêt lésé. Mais il peut paraître choquant que la protection de certains droits sacrés, inviolabilité de la personne humaine, liberté individuelle, droit de choisir la nationalité, droit d'émigrer, droit de propriété, droit de commercer, liberté de conscience, susceptibles d'être froissés, méconnus ou interdits par certains Etats, ne soit pas juridiquement assurée par l'Etat dont le ressortissant apparaît comme une victime de l'étranger (21).

Toutefois, la jurisprudence du Conseil d'Etat ne paraît pas tellement injustifiable. Il est certain que la protection diplomatique ne constitue à la charge de l'Etat qu'un devoir moral (22). Mais cela — les arrêts le montrent — dans la mesure où elle tend à une intervention diplomatique.

En effet, « au regard de l'Etat auteur du dommage, l'intervention diplomatique de l'Etat qui exerce la protection, risque toujours, plus ou moins, d'être le prélude d'une intervention poli-

---

(14) *C.E.*, 31 mai 1918. *R.*, p. 525.
(15) *C.E.*, 8 avril 1927. *R.*, p. 458.
(16) *C.E.*, 1er juin 1943, Corbier, 140.
(17) Donnadieu, *op. cit.*, p. 71.
(18) Laferrière : « Traité de la Juridiction administrative », T. 2, p. 146. Aucoc : « Conférences », T. 1, n° 289. Brémond : « Les actes de gouvernement ». *R.D.P.*, 1896, T. 5, p. 23.
(19) Traité élémentaire du Contentieux Administratif (1927), p. 297, n° 162 n. *G.C.* sous *C.E.*, 12 février 1904 Bachatori 105.
(20) Les actes diplomatiques considérés comme actes de gouvernement, *Thèse Paris*, 1933, p. 76.
(21) Fauchille : « Traité de Droit international Public », T. 1, 1re partie, n° 397. Fiore : « Le Droit international codifié », L. I-T IV art. 397. Haffter : « Le Droit International de l'Europe », § 58.
(22) Borchard : « La protection des nationaux à l'étranger et le changement de nationalité d'origine ». *Revue de Droit International et de législation comparée*, Barbier : « L'intervention diplomatique d'un Etat pour la protection des droits de son national résidant à l'étranger, *Thèse Paris*, 1935, p. 22 à 47. Patau *op. cit.*, p. 82, p. 92.

tique, elle-même suivie d'une intervention militaire ou navale. Selon le mot fort juste d'un des membres les plus actifs de l'institut de Gand (23) c'est une porte qu'il est plus facile d'ouvrir que de fermer » (24).

Sans aller jusqu'à la rupture et l'épreuve de force, il n'est pas niable que l'intervention diplomatique, à propos d'une réclamation juridique, ne soit susceptible de soulever des problèmes politiques, que l'Etat protecteur peut juger inopportun d'aborder. Sans compter que pareille action risque souvent d'amener l'Etat désireux de protéger ses nationaux à s'intégrer dans les affaires de l'Etat étranger : ce qui suffit parfois à exiger le rappel d'un diplomate. L'Etat Français peut craindre d'avoir, à l'occasion d'un litige individuel, à traiter d'affaires plus générales et ainsi, de se voir interpeller sur son attitude à l'égard des ressortissants de l'Etat, auprès duquel on veut le forcer d'intervenir. Il est donc préférable de lui laisser une totale liberté d'action, et d'inaction.

Mais on a fait remarquer que, sans discuter son attitude, sans lui imputer à faute, son inaction, il serait juste d'accorder une indemnité au requérant déjà victime individuelle à l'étranger et qui ne devrait plus l'être une seconde fois au nom des intérêts supérieurs de l'Etat (25). La théorie du risque, telle qu'elle résultait de l'arrêt Couitéas, apparaissait à certains comme capable d'assurer au Gouvernement une grande liberté d'action, sans violer les principes généraux du droit (26). M. Trotabas (27), quant à lui, souhaitait que « le jour ou la théorie de la responsabilité se développera et permettra d'accorder une indemnité pour préjudice résultant dela loi, il sera tout naturel de réparer de la même manière le préjudice résultant de l'acte diplomatique ».

L'évolution souhaitée ne s'est pas produite, sur le plan de la théorie du risque, Et l'arrêt Corbier rejettant un recours pour refus de protection diplomatique est postérieur à l'arrêt La Fleurette qui, pour la première fois, a posé le principe de la responsabilité de l'Etat législateur (28). Par contre, la jurisprudence a développé jusqu'aux limites les plus extrêmes la discrimination matérielle des fonctions des agents diplomatiques et consulaires, permettant le retour à l'application du droit commun pour tout ce qui ne concerne pas directement ou indirectement, non pas tant la protection que l'intervention diplomatique.

(Cf. § 1er) § 2. — *Application du droit commun.*

C'est en la matière des actes consulaires que le droit commun recevra assez tôt son empire.

En effet, les Consuls qui ne sont pas des agents diplomatiques possèdent certaines attributions qui les font apparaître comme la projection à l'étranger, mais sous le signe de la confusion des pouvoirs, de services internes.

En premier lieu, ils possèdent (et possédaient surtout autrefois en pays hors de chrétienté) d'importantes fonctions juridic-

(23) Session de Cambridge. *Annuaire de l'Institut de droit international*, juillet 1931. Vol. 2, p. 92.

(24) Sibert : « Contribution à l'étude des réparations pour les dommages causés aux étrangers en conséquence d'une législation contraire au droit des gens ». *R.G.D.I.P.*, 1941-1945, p. 5.

(25) Jèze, n. sous arrêt Poujade, *op. cit.*, loc. cit.

(26) Bosc : « Actes de Gouvernement et Théorie des pouvoirs de guerre », *R.D.P.*, 1926, p. 231.

(27) « Les actes de gouvernement en matière diplomatique ». *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1925, p. 349.

(28) V. *supra*, p. 153, n. 16.

tionnelles, à propos desquelles ils relèvent, selon les termes, du droit commun applicable en France, des tribunaux judiciaires par la voie de la prise à partie (29). De même, s'il ne peut être donné une action en responsabilité contre l'Etat, lorsque l'agent consulaire a rempli les fonctions d'huissier, c'est parce qu'il s'agit là d'actes judiciaires relevant des tribunaux civils (30).

Les Consuls sont aussi compétents pour administrer les successions laissées par les nationaux dans les pays de résidence. Ils remplissent ainsi des fonctions quasi notariales. Cependant, ils ne sont pas des officiers ministériels, ils restent des agents publics qui ne sont pas mandataires des particuliers, mais fonctionnaires révocables par le Gouvernement : ils ne sont pas choisis librement par les parties et agissent suivant les règles administratives. Les tribunaux judiciaires sont compétents pour connaître de leurs actions de « quasi officiers ministériels » susceptibles d'engager leur responsabilité personnelle (31). Dans un arrêt Lautier, le Conseil d'Etat s'est prononcé sur l'éventuelle responsabilité de l'Etat en la matière : s'il décida alors qu'il n'y avait pas de responsabilité du fait de la perte d'un dépôt effectué pour le compte d'une succession, lors des troubles d'Odessa, c'est parce qu'il avait relevé qu'aucune faute n'avait été commise par le Consul (32).

La jurisprudence a adopté une attitude semblable à l'égard des attribution administratives des Consuls qui n'ont pas trait à la protection diplomatique. Le Commissaire de Gouvernement Teissier, dans ses conclusions relatives à l'affaire Poujade, avait en effet laissé pressentir que la responsabilité de l'Etat pourrait être mise en cause à l'occasion d'actes dépourvus de caractère diplomatique.

C'est par le célèble arrêt Rouzier (33) que le Conseil d'Etat donna le départ à l'évolution annoncée. Le Consul de France à Haïti avait refusé de célébrer le remariage de français divorcés, interdit par la loi haïtienne, mais non pas par la loi française. Le Consul s'était contenté d'invoquer des considérations d'ordre diplomatique, le sieur Rouzier ayant fait paraître dans la presse d'Haïti un article sur le remariage des époux divorcés, susceptible, aux dires du Consul, d'avoir offensé les sentiments haïtiens. Mais Rouzier, qui avait du se rendre en France pour faire célébrer son mariage, intenta une action pour faute personnelle contre le Consul, à raison du préjudice matériel et moral subi, devant le Tribunal civil de la Seine. Celui-ci se déclara incompétent, motif pris de ce qu'un agent diplomatique ne pouvait être assimilé à un officier d'état civil et que ses actes restaient administratifs, dont les tribunaux administratifs demeuraient seuls juges (34). Sur appel, la Cour de Paris infirma ce jugement et renvoya devant le Tribunal de la Seine pour qu'il soit statué au fond. Le Préfet de la Seine ayant alors élevé le conflit, le Tribunal des conflits saisi, annula l'arrêté de conflit : l'agent consulaire

---

(29) *C.E.*, 19 déc. 1868. *D.*, 1869-3-58. Aix 11 avril 1875. *D.*, 1875-2-35. Trib. civil Seine 30 déc. 1905 rapporté par Desaint, *op. cit.*, p. 126.

(30) *C.E.*, 8 janvier 1875 C° Russe de navigation à vapeur d'Odessa. *S.* 1876-2-277.

(31) *C.E.*, 6 avril 1889 Ville de Chateaubriand 483, 28 juin 1928, Davin 787.

(32) *C.E.*, 14 novembre 1923. Lautier 723, cf. *C.E.*, 26 mars 1924, Taizon 330.

(33) *T.C.*, 25 mars 1911. *R.*, p. 400. *S.*, 1911-3-105 conl. Chardenet n. Hauriou. *R.D.P.*, 1911, p. 663, n. Jèze. *D.*, 1912-3-1 n. Mérignan.

(34) *S.*, 1911-2-203.

ayant agi en qualité d'officier d'état civil ses actes sont civils et sa responsabilité ne peut être appréciée que par un tribunal judiciaire.

Bien que n'ayant statué que sur une question de compétence, le Tribunal des conflits ne venait pas moins de décider que tout acte d'un agent diplomatique n'avait pas nécessairement un but ni une portée diplomatiques. C'était ainsi confirmer la jurisprudence qui distingue dans les fonctions du Maire et du Préfet, celles qui sont administratives et celles qui ont trait à l'exercice de la police judiciaire. Ainsi que l'avait dit le Commissaire du Gouvernement Chardenet : « Si l'agent diplomatique refuse de dresser l'acte, il oppose ce refus dans ses fonctions d'officier de l'état civil, puisque c'est seulement en cette qualité qu'il peut être appelé à dresser l'acte. Ce ne sont pas les motifs de la décision d'un fonctionnaire qui impriment à un acte son caractère essentiel ; ce caractère résulte de la nature même de l'acte, de son objet ».

Si l'on généralise cette proposition, on en arrive à soumettre au contrôle contentieux tous les actes diplomatiques qui ne mettent pas en cause les rapports interétatiques, c'est-à-dire qui ne tendent pas à l'intervention diplomatique, mais seulement à assurer aux individus les mêmes prestations et services qu'ils sont en droit de réclamer aux services analogues fonctionnant en France, c'est-à-dire les prestations et services, qui ne nécessitent pas d'établir un contact avec un tiers Etat étranger.

Ainsi, dans la mesure où la loi prescrit à un agent diplomatique d'accomplir un acte, comme à un quelconque fonctionnaire, est-il tenu de le faire, sans posséder ni plus ni moins de pouvoir discrétionnaire que son collègue spécialisé. L'agent diplomatique qui refuse de célébrer un mariage, de dresser un acte de l'état-civil encourt la même responsabilité qu'un Maire opposant un refus dans les mêmes conditions.

Telle est la théorie. Mais M. Jèze manifestait quelque appréhension quant à la portée pratique de l'arrêt Rouzier. Qu'est-ce qui empêche en effet, un tribunal d'admettre que les motifs diplomatiques fournis par l'agent consulaire ou diplomatique, justifient parfaitement son abstention ?

La jurisprudence ultérieure a dissipé ces craintes. Dans la mesure où leur action ne tend pas à l'intervention diplomatique, les agents diplomatiques et consulaires agissent comme de simples agents administratifs. Si certains de leurs actes sont cependant insusceptibles de recours contentieux, c'est parce qu'ils le sont aussi quand ils sont accomplis par tout autre agent public : le refus de délivrance ou de prorogation de passeport étant toujours un acte de Gouvernement, il en est de même à plus forte raison si l'on peut dire, lorsqu'il émane d'un agent diplomatique (35).

Par contre, on revient au droit commun de la responsabilité lorsqu'il s'agit de réprimer les abstentions, inerties ou négligences commises par le service diplomatique à l'instar de n'importe quel autre service public. C'est ce qu'à très nettement formulé le Conseil d'Etat dans l'arrêt Corsin (36). Le requérant se plaignait de ce qu'un colis remis par lui à la légation du Danemark, à Pétrograd, le 20 novembre 1918, parvenu le 20 décembre de la même

(35) *C.E.*, 22 avril 1921 Leloutre. *S.*, 1923-3-25, n. Hauriou.
(36) *C.E.*, 24 octobre 1930, *R.*, p. 864.

année à la légation de France. à Stockolm, ne lui avait jamais été remis : « Considérant » — dit le Conseil d'Etat — « que les circonstances de cette perte sont de nature à engager la responsabilité de l'Etat ; qu'il sera fait une juste appréciation des circonstances de l'affaire, en condamnant l'Etat à rembourser, au sieur Coursin, la valeur dudit colis, qui sera fixé à vingt cinq mille francs ». La solution ainsi adoptée n'est que juste : qui pourrait prétendre, en effet, que la négligence du service diplomatique français de Stockolm ait pu, en quelque façon, affecter les rapports Franco-Russes, Franco-Danois ou Franco-Suédois ? S'agissant uniquement des rapports du service diplomatique et d'un usager, insusceptibles de faire intervenir les droits ou intérêts d'un Etat tiers, le droit commun doit recouvrer son empire.

Mais la jurisprudence ne s'en est pas tenue là. Par sa théorie de l'acte détachable, elle a encore gagné du terrain sur la théorie des actes de Gouvernement.

La première application peut en être trouvée dans l'arrêt Camby (37). Le Conseil déclara, en effet, qu'est acte de Gouvernement le fait, pour l'Etat Français, de n'avoir pas pris les mesures nécessaires pour assurer le respect d'un contrat passé entre un Français et une puissance étrangère, mais que « les ciconstances dans lesquelles les autorités françaises ont en fait proposé, négocié et contresigné un traité de concession au profit du sieur Comby, ont été de nature à lui donner la conviction que les dites autorités avaient qualité pour lui garantir la sauvegarde de ses intérêts ; que cependant, le sieur Comby n'a pas été mis à même de prendre, au moment de l'évacuation des troupes françaises, les mesures propres à la conservation de ses droits ; qu'il ressort de ces circonstances que la responsabilité de l'Etat Français se trouve engagée de ce fait vis-à-vis du requérant et que ce dernier est fondé à lui demander la réparation à la charge du dit Etat, du préjudice par lui subi ». La faute ne consiste donc pas dans le défaut d'intervention diplomatique, mais dans une négligence, à l'occasion de ces mêmes relations diplomatiques.

Le Conseil d'Etat a confirmé cette jurisprudence dans un arrêt Giraud (38) où il a jugé une affaire assez complexe. Un français, créancier impayé du général Wrangel, avait obtenu des autorités du port de Constantinople que l'embargo fut mis sur un bâtiment de la flotte du général russe. Il lui avait été promis que cet embargo serait maintenu jusqu'à complet recouvrement de sa créance. La mise et la levée de l'embargo sur un navire étranger constituent, au plus haut chef, des actes de Gouvernement. Or, l'attaché naval français ayant ordonné de relâcher le navire sur la seule présentation d'un chèque établi par la base de Constantinople, sans prendre aucune mesure pour garantir sa remise à l'intéressé, il arriva que celui-ci n'entra jamais en possession du dit chèque, et fut ainsi privé de toute possibilité d'obtenir le paiement qui lui avait été promis. On pouvait penser que sa demande de dommages et intérêts contre l'Etat était vouée à l'échec, s'il était fait application de la théorie des actes de Gouvernement. Cependant, le Conseil d'Etat lui accorda une indemnité, non à raison de la levée de l'embargo, mais à raison des négligences subséquentes de l'attaché naval, actes détachables

---

(37) *C.E.*, 2 juillet 1937. *R.*, 664.
(38) *C.E.*, 16 mai 1941. *S.*, 1942-3-21 n. P.L.

de la levée de l'embargo, en ce sens qu'il était possible de les apprécier en faisant abstraction des rapports entre Gouvernements.

La notion d'acte détachable manque peut-être de précision : nous verrons qu'en la matière de la responsabilité personnelle dse fonctionnaires, elle n'a contribué qu'à restreindre celle-ci (40). Par contre, elle a été utilisée avec profit en ce qui concerne l'inexécution des traités. Considérée dans ses rapports avec la théorie des actes de Gouvernement, elle a permis au contentieux de s'étendre sur des rives pourtant réputées inaccessibles. A ce titre, elle a contribué au progrès du principe de légalité. Mais néanmoins, l'action diplomatique en tant qu'elle intéresse les rapports interétatiques échappe pour cette raison au contrôle juridictionnel : ainsi que nous allons maintenant le voir, l'élaboration des traités ou conventions internationales, est entièrement régie par la théorie des actes de Gouvernement.

Sous-Section 2. — La naissance et la mort des traités

Nou avons jugé bon de consacrer une rubrique spéciale à l'élaboration des traités et conventions internationales (41) qui constitue une des formes de l'action diplomatique, car la procédure d'élaboration est en droit public français, assez complexe. L'organe législatif, peut être en effet appelé à y collaborer, dans une mesure telle que l'on est autorisé à se demander s'il n'imprime pas sa nature propre à cette forme de l'action diplomatique que constituent la négociation et la conclusion des traités.

C'est à partir de la Révolution Française que certaines Constitutions firent intervenir les organes législatifs au moment de la ratification des traités. Les Constituions de 1791 et 1793, confiaient la négociation et la signature au Roi, mais la ratification aux représentants de la Nation. La Constitution de 1848 adopta une procédure analogue.

Par contre, les Chartes de 1814 et de 1830, la Constitution du II[e] Empire, l'Acte Constitutionnel n° 2 du 11 juillet 1940 (§ 7) reconnaissaient que le pouvoir de traiter était une prérogative exclusive de l'Exécutif, qui seul, aussi avait le droit de ratification.

Les Constitutions de 1875 et de 1946 ont adopté une attitude moyenne. Aux termes de l'article 8 de la loi du 16 juillet 1875, le Président de la République négociait et ratifiait les traités : sous l'empire de l'article 31 de la Constitution de 1946, il signe et ratifie toujours les traités, mais n'est plus qu'informé des négociations dont la conduite appartient au Président du Conseil. Ce changement consacre un état de fait et, quelque soit l'agent public qui agit, il agit au nom de l'exécutif. Toutefois, l'exécutif ne peut ratifier certaines conventions internationales que s'il y a été autorisé par le Parlement. Le paragraphe 2 de l'article 8 de la loi du 16 juillet 1875, et le paragraphe 1 de l'article 27 de la Constitution du 27 octobre 1946, énumèrent limitativement les traités qui ne deviennent définitifs qu'après avoir été ratifiés par le pouvoir exécutif, habilité pour ce faire par une loi... La Constitution

---

(40) V. *infra*, p. 445 et s.

(41) Sous ces vocables, nous entendons non seulement les traités et conventions diplomatiques proprement dits, mais les actes, déclarations, engagements, protocoles, capitulations ,etc... c'est-à-dire tous les actes intervenus entre deux ou plusieurs Etats dans le but de se reconnaître des avantages réciproques où d'établir des règles de droit sur des objets communs. La jurisprudence ne fait d'ailleurs aucune distinction entre ces divers termes.

qui nous régit actuellement a, en outre apporté une innovation, non plus relative à la ratification, mais à la dénonciation des traités : l'article 28 stipule, en effet, que les traités régulièrement ratifiés et publiés ayant une autorité supérieure à celle des lois internes, ils ne peuvent être abrogés, modifiés ou suspendus que par une dénonciation régulière notifiée par le Gouvernement et que celui-ci ne peut opérer cette dénonciation à l'égard des traités soumis aux termes de l'article 27 à l'autorisation parlementaire de ratification, (exception faite des traités de commerce), qu'après y avoir été expressément autorisé par l'Assemblée Nationale.

Peut-on conclure de ce qui précède, que la procédure de conclusion et de dénonciation des traités est de nature législative ?L'affirmative a été soutenue par Clunet (42) pour qui le pouvoir de décision diplomatique résidant dans le pouvoir législatif, l'exécutif était réduit au simple rôle de négociateur. Mais l'unanimité de la doctrine a toujours condamné cette thèse manifestement contraire à la lettre et à l'esprit des textes, et à l'interprétation qu'en a donné la jurisprudence (43).

En effet, l'autorisation de ratifier ou de dénoncer les traités ne concerne pas tous les traités. Le Président de la République, aux termes de l'article 8 de la loi du 16 juillet 1875, pouvait ne donner connaissance des conventions internationales aux Chambres que lorsque l'intérêt et la sûreté de l'Etat le permettaient. Cela valide la pratique des traités secrets ou des clauses secrètes, dans la mesure où cela ne porte pas atteinte au droit de regard du Parlement sur les matières visées à l'article 8 de la Constitution de 1875 ou 31 de la Constitution de 1946 (44).

Il est par ailleurs très normal que l'exécutif ait seul l'initiative et la préparation des traités. Car, c'est le Gouvernement, et non le Parlement, qui représente l'Etat vis-à-vis de l'étranger, qui reçoit et accrédite les agents diplomatiques. On a vu parfois les Assemblées inviter le Gouvernement à entamer des négociations : échecs et humiliations seraient, à coup sûr, encourus, si le Gouvernement n'était pas maître de son action et était engagé à négocier avec un Etat qui, pour sa part, n'en éprouverait pas le besoin.

L'autorisation législative de ratifier ne transforme pas plus les actes de l'Exécutif que les approbations législatives d'actes administratifs (45). Le Parlement ne peut amender un traité ; ce serait aboutir, en effet, à une modification unilatérale d'un acte bi ou pluri latéral. Il accepte ou rejette en bloc. Les rapports Parlement-Gouvernement ne sont en la matière que politiques : une preuve supplémentaire peut en être fournie par la pratique gouvernementale qui tend à soumettre à fin d'autorisation aux assemblées, des traités dont celles-ci, en vertu des textes

---

(42) « Du défaut de validité de plusieurs conventions diplomatiques conclues par la France avec les puissances étrangères », *Journal de Droit International privé*, 1880, p. 5.

(43) Cottez : « De l'Intervention du pouvoir exécutif et du Parlement dans la conclusion et la ratification des traités », *Thèse Paris*, 1920, p. 108. Rousseau : « Principes généraux de Droit international Public ». T. 1, p. 217 et s. Niboyet : « La séparation des pouvoirs et les traités diplomatiques », in « Mélanges Carré de Malberg », p. 401. Mestre : « Les traités et le droit interne », *R.C.A.D.I.*, 1931 IV, p. 237.

(44) Cf. *Annales de l'Assemblée Nationale*, T. XXXVIII. Projets de lois, p. 223.

(45) V. *supra*, p. 49 et s.

constitutionnels, n'ont pas à connaître (46). Mais le Gouvernement n'est en rien obligé de tenir le Parlement au courant des pourparlers, et peut donc refuser de répondre aux intepellations relatives à son activité négociatrice. On a d'ailleurs vu le Parlement donner son approbation par avance, et ne protester que pour la forme, quand un traité avait été ratifié contrairement à la Constitution, sans qu'ait été sollicitée son autroisation de ratifier. Car, ce qui compte avant tout, est de ne pas gêner l'action internationale du Gouvernement, en même temps que de ne pas diminuer son prestige.

Ainsi donc, la compétence de l'Exécutif est exclusive. Mais elle est, de plus, discrétionnaire. Le Gouvernement, autorisé à ratifier ou à dénoncer n'y est, en effet, pas obligé (47). La liberté du Gouvernement au point de vue interne, ne peut être que totale puisqu'elle l'est déjà sur le plan international (48). Car, quelle que soit la forme reconnue aux traités, même si comme la Constitution de 1946 on leur attribue une autorité supérieure à celle de la loi, ils ne sont en aucune façon des lois, mais des actes de l'Exécutif qui à la fois, les élabore et les applique, remplissant le double rôle de législateur et d'exécutant.

Il est, en effet, nécessaire que le Gouvernement puisse ne pas ratifier un traité quand le Parlement l'a cependant autorisé à ratifier. Car, le ou les Etats signataires peuvent, pour leur propre compte, se refuser à opérer cette ratification. Enfin, il n'est pas dit que le traité ne soit pas devenu inopportun avant sa mise en vigueur.

L'intervention parlementaire n'est donc qu'une autorisation de ratifier qui ne modifie en rien la nature de l'élaboration des traités qui demeure, en son entier, une opération administrative (49). Il est parfois arrivé à certains tribunaux de parler de ratification par les Chambres. C'est là une terminologie incorrecte. Le Parlement autorise seulement à ratifier et maintenant à dénoncer.

Ratification et dénonciation, toute la procédure relative à l'élaboration des traités, sont de nature administrative. Mais, si le Parlement apprécie souverainement, s'il doit approuver l'action gouvernementale, celle-ci ne connaît que ce contrôle politique, et limité à certains traités. Car il s'agit bien d'actes administratifs, mais de l'espèce des actes de gouvernement et comme tels, insusceptibles de recours contentieux.

Si, dans l'ensemble (50), sauf rares exceptions (51), les tribunaux judiciaires se déclarent compétents (52), pour décider qu'un traité ne peut être appliqué s'il n'a pas été régulièrement ratifié, il est par contre significatif que le Conseil d'Etat se refuse toujours à apprécier la validité de la procédure d'éla-

---

(46) Cf. Noël : « De l'autorité des traités comparée à celle des lois », *Thèse Paris*, 1921, p. 90 et s.

(47) En ce sens Carré de Malberg : « La loi expression de la volonté générale », n° 23. Basdevant : « La conclusion et la rédaction des traités et des instruments diplomatiques autres que les traités », *R.C.A.D.I.*, 1926, V. 535.

(48) Basdevant, *op. cit.*, p. 589.

(49) Carré de Malberg : « Théorie générale de l'Etat ». Basdevant *op. cit.* 577. Scelle : « Manuel Elémentaire de droit international public, 1943, p. 475. Maury *R.C.A.D.I.*, 1936-111, p. 432.

(50) *C.*, Rouen 22 juillet 1896. *S.*, 1897-2-115. *C.*, Paris 23 mai 1924. *D.H.* 1924-497. *C.*, Colmar, 29 juillet 1925. Clunet 1926-604. *Req.* 14 mai 1935. *S.* 1936-1-281, n. Rousseau.

(51) *Crim.*, 27 octobre 1893. *D.*, 1894-1-424. *S.*, 1896-1-57, n. Appert.

(52) V. cependant *C. A.O.F.*, 1er mars 1907. *S.*, 1908-2-209.

boration des traités (53). A juste titre, semble-t-il, car il est des conventions internationales où les formes habituelles de conclusion des traités sont laissées de côté. C'est ainsi que la ratification n'est pas exigée pour les accords en forme simplifiée qui ne comportent pas l'intervention du Chef de l'Etat (54). Au reste, il faut signaler que ce n'est pas par la ratification qu'un traité est conclu, mais par l'échange des ratifications. Ainsi, l'élaboration des conventions internationales apparait au premier chef comme une procédure assez complexe, allant de la négociation proprement dite à la signature, l'autorisation de ratifier, la ratification, l'échange des ratifications, éléments qui sont plus ou moins réunis selon la forme du traité dont il s'agit.

Il est donc très normal de laisser au Gouvernement une liberté illimitée d'action, à chacun des stades de cette procédure. Cela peut froisser des intérêts particuliers : mais ils ne sont pas seuls en cause, et d'une façon générale, les intérêts collectifs prédominent (55). Chaque accord international et toujours peu ou prou l'occasion de vérifier une politique générale.

Ces considérations d'opportunité diplomatique expliquent la jurisprudence du Conseil d'Etat qui, sur le plan de l'élaboration des traités, n'est que l'extension de la jurisprudence relative à l'action diplomatique. Le Conseil d'Etat n'a pas, en effet, à apprécier l'application des traités entre les simples particuliers. Ce sont les tribunaux de l'ordre judiciaire qui sont compétents en cette matière et à ce titre ils sont bien, à proprement parler, juges de la validité des traités. Mais, si le Conseil d'Etat se reconnaissait le droit d'apprécier celle-ci, il pourrait être amené à juger l'action même du Gouvernement. Une chose est de considérer comme nulle une convention internationale pour défaut de ratification, une autre est d'autoriser le juge à apprécier les actes relatifs à la négociation, la signature, la ratification, la dénonciation des traités. Cela conduirait, en effet, le Conseil d'Etat juge des litiges entre l'Administration et les administrés, à décider que le Gouvernement avait ou non le devoir de négocier, signer, ratifier ou dénoncer, alors qu'il ne peut être question de devoir, mais d'opportunité diplomatique. Il y a entre la jurisprudence judiciaire et administrative, dont compétence et buts sont distincts, toute la différence qui existe entre un contrôle des formalités et un contrôle de l'activité. Les tribunaux judiciaires ont le droit de constater l'inexistence d'une règle de droit, en raison de l'omission de certaines formalités, mais non les tribunaux administratifs, sous peine de se voir entrainés à enjoindre au Gouvernement d'avoir à remplir une formalité qui, en réalité, constitue un acte de portée internationale.

Dans un arrêt général Grammat (56), le Conseil d'Etat eut à se prononcer sur une requête relative à une prétendue faute d'abstention du Gouvernement Français dans la conduite de négociations diplomatiques avec un Etat étranger. Par un accord, en

(53) *C.E.*, 4 mai 1835 Attal *D.*, 1835-3-69. 5 août 1921 Coffert 833.

(54) Cf. Rousseau, *op. cit.*, p. 249 et s. et p. 261.

(55) En ce sens Gros : « Survivance de la raison d'Etat », *Thèse Paris*, 1932, p. 132. « Il n'y a pas de contentieux parce que les recours sont par nature individuel et qu'ici les individus ne peuvent être touchés ».

(56) *C.E.*, 5 mars 1926. *R.* 245. Cf. *C.E.*, 5 février dame Caraco *D.* 1927-3-1 n. Devaux et parmi des arrêts plus anciens, relatifs aussi à la conduite des négociations : *C.E.*, 18 décembre 1891 Vandelet, *D.*, 1892-3-41. Concl. Le Vavasseur de Prévourt. 18 mars 1898 Conseil Général du Sénégal, *D.*, 1889-3-31, cf. *C.E.*, 12 mai 1911 Olzenski et 11 février 1916 Moninot, précités.

date du 29 décembre 1921, les Gouvernements Français et Grec avaient déterminé les conditions d'entretien du personnel de la mission militaire français en Grèce, dont les membres étaient désignés par le Gouvernement Français. En mars 1923, la Grèce ayant renoncé, pour des raisons d'économie, à cette mission, un nouvel accord intervint, qui stipula que la mission quitterait la Grèce en mai et serait payée jusqu'en août. Or, les membres de la mission prétendirent que le Gouvernement Français avait commis une faute en n'envisageant pas qu'ils seraient payés jusqu'à la fin de l'année, comme il avait été prévu dans le premier accord. Admette un pareil recours eut conduit à juger que le Gouvernement Français avait eu tort de ne pas mener les négociations selon les vœux des requérants. Il n'est donc pas étonnant que la requête ait été rejetée en ces termes « Considérant que l'examen de ces questions implique nécessairement l'appréciation d'actes accomplis par le Gouvernement Français dans la conduite de ses négociations avec le Gouvernement Grec, qui ont abouti à la conclusion de la deuxième convention ; qu'un litige se présentant dans ces conditions n'est pas de la nature de ceux qui peuvent être soumis au Conseil d'État... ».

La théorie des actes de Gouvernement a trouvé aussi son application à l'égard de l'acte de ratification « Considérant que la convention passée le 22 janvier 1924 entre la France et la Tnuisie, ratifiée par le Président de la République le 28 janvier 1924 et par le Bey de Tunis le 5 février 1924, se rattache aux pouvoirs du Gouvernement en matière diplomatique, et ne peut, par suite, être discutée devant le Conseil d'Etat par la voie contentieuse » (57).

Il n'est pas étonnant, dès lors, de voir les tribunaux judiciaires appliquer cette jurisprudence lorsqu'on veut leur faire juger l'action ou l'abstention du Gouvernement dans ces matières. Car, s'il leur appartient de dire si un traité est ou non toujours en vigueur (58), ils savent reconnaître que « c'est au Président de la République seul qu'il appartient, dans la plénitude de ses attributions propres et à l'exclusion du pouvoir législatif, en vertu même de la clause résolutoire qui est expresse ou sous-entendue dans les traités, des les dénoncer pour y mettre fin ou d'en suspendre seulement les effets quand l'intérêt du pays le lui commande... Le Président de la République agit en la matière comme chef du pouvoir exécutif... il accomplit par lui-même ou par son délégué, un acte gouvernemental au premier chef et l'autorité judiciaire n'a qu'à en prendre acte pour en faire état dans sa teneur, sans avoir le droit de le discuter ou de l'apprécier » (59).

L'action gouvernementale relative à l'élaboration des traités ne peut donc, en tant que telle, être contrôlée par le juge. Toutefois, comme en matière d'action diplomatique, il faut reconnaître qu'il existe une limite à la théorie des actes de gouvernement C'est encore la notion d'acte détachable qui intervient, permettant ainsi aux requérants d'échapper, dans une certaine mesure, à l'arbitraire total.

Par un arrêt Groffe (60), le Conseil d'Etat a, en effet,

---

(57) Arrêt dame Caraco précité.
(58) *C.*, Alger, 23 juin 1895. *D.*, 1901-2-257.
(59) *C.*, Paris 28 janvier 1926. *S.*, 1927-2-1 n. Niboyet.
(60) *C.E.*, 15 juillet 1927. *S.*, 1927-3-3-121 n. Hauriou.

déclaré recevable une requête dirigée contre un acte prétaratoire à une action diplomatique tout en la rejetant au fonds : « Considérant que le décret attaqué du 27 février 1925 a eu pour effet de confier à l'Office des biens et intérêts privés, la mission de représenter, en qualité d'agence technique, les porteurs d'emprunt émis par le Gouvernement Russe avant le 1er juillet 1918, auprès de la délégation nommée en vue de conduire les négociations relatives aux dettes russes et d'organiser, à cet effet, la consultation des dits porteurs, isolés ou constitués en groupement ; que cette mesure, destinée à mettre à la disposition des créanciers de la Russie sans l'ériger en intermédiaire obligatoire, ni d'ailleurs exclusif, un organisme chargé de faciliter la défense de leurs intérêts par la délégation française au cours des négociations sus-indiquées, a pu être légalement prise par le Chef de l'Etat ; que dès lors, le sieur Groffe, agissant tant en son nom personnel qu'ès qualités, n'est pas fondé à demander l'annulation du décret attaqué ».

L'office ainsi créé n'avait pas pour but de mener les négociations. Le décret qui lui avait donné son statut avait bien un but diplomatique et créait un service diplomatique. Mais, il ne mettait pas directement en cause des rapports interétatiques. Or, c'est seulement dans la mesure ou l'action diplomatique tend à l'intervention diplomatique que joue la théorie des actes de Gouvernement : là où il n'y a pas intervention diplomatique ou risque d'intervention diplomatique, l'action gouvernementale peut être appréciée selon le droit commun, puisqu'elle ne met en cause que des règles de droit interne et non pas les rapports d'autorités internationales.

Mais ces minces réserves faites, il n'en reste pas moins que l'action diplomatique et sa forme spéciale que constitue l'élaboration des traités, sont la terre d'élection de la théorie des actes de Gouvernement.

SECTION 2. — L'INEXECUTION DES CONVENTIONS INTERNATIONALES

Lorsque l'action diplomatique a abouti à la conclusion d'un traité, procédure qui, ainsi que nous l'avons vu, ne réserve presque pas de voie de recours aux individus, ceux-ci sont alors en droit de se demander s'il leur est possible d'exiger l'exécution des clauses qui peuvent leur bénéficier. En raison de la complexité sociale, politique et économique des relations internationales modernes, les Etats stipulent, non seulement à leur profit, mais aussi au profit de leurs nationaux. Or, il se peut que ceux-ci ne soient en mesure de réclamer l'application des traités qu'en faisant appel au concours de l'Administration qui, à première vue se trouve dans la même situation que celle qui résulte pour elle de l'obligation d'exécuter la règlementation qu'elle a élaborée.

Nous ne traiterons donc que du problème de l'inexécution par l'Administration des conventions internationales. Ceci nous amène à laisser de côté deux questions intéressantes, mais qui ne touchent qu'indirectement notre sujet. Nous voulons parler du conflit de la loi et du traité, et de l'interprétation des traités.

Le conflit de la loi et du traité n'oppose, en effet, pas deux autorités, mais deux règles de droit. Il s'agit simplement de savoir

si un traité peut modifier une législations préexistante ou être modifié par une législation subséquente. Le problème du rapport des autorités ne se pose que lorsque des termes du traité, semble devoir être déduite l'obligation pour l'organe législatif de promouvoir une législation conforme au traité : nous avons étudié ce problème en étudiant celui de l'initiative des lois et avons vu qu'il était résolu en faveur de la souveraineté du Parlement. Le conflit proprement dit de la loi et du traité ne concerne, au contraire, que des questions intéressant la validité et l'interprétation des actes. Ne nous plaçant que sur le terrain de leur exécution et plus précisément de leur inexécution, nous nous devions d'écarter un tel sujet de nos préoccupations.

Il ne peut qu'en être de même à l'égard de l'interprétation des traités. Car c'est ici le juge, plus souvent que l'administrateur qui est interrogé. Et il ne lui est demandé que de préciser le sens d'un traité, non pas d'assurer l'exécution, de fournir les prestations découlant du traité.

Cette différence entre le contentieux de l'interprétation et celui de l'exécution, apparait nettement si l'on considère l'attitude des jurisprudences judiciaires et administratives.

Le juge judiciaire se reconnaît, en effet, compétent pour interpréter une convention internationale si cette interprétation n'est relative qu'à la solution d'un litige mettant en cause des intérêts privés ; il se déclare par contre incompétent lorsqu'on lui demande d'interpréter un traité, ou des dispositions d'un traité, concernant l'ordre public (61). On a coutume d'opposer à cette jurisprudence celle du juge administratif qui n'opère pas semblable distinction et se refuse toujours à répondre aux requêtes en interprétation, estimant que l'interprétation est un acte du Gouvernement et un acte de Gouvernement (62). En effet, « le Gouvernement est seul capable d'apprécier l'opportunité ou l'inopportunité internationale de telle ou telle interprétation donnée au texte obscur d'un accord diplomatique, même en vue de son unique application au domaine interne, si cette application influence à un degré quelconque les rapports internationaux » (63).

Mais c'est pour cela que l'opposition des deux jurisprudences n'est qu'apparente. Car les tribunaux judiciaires n'ont pas à connaître de litiges où l'Administration est partie : ce qui les autorise à interpréter un traité entre parties privées, mais non lorsque l'ordre public est en jeu, c'est-à-dire lorsuqe sous couleur d'interprétation, ce serait, en réalité, l'action des pouvoirs publics qui serait jugée. Ainsi, la jurisprudence judiciaire confirme-t-elle la jurisprudence administrative.

Une fois donnée par le Gouvernement, l'interprétation du traité s'impose au juge qui ne peut permettre qu'elle soit critiquée et doit en tirer les conséquences juridiques (64). Mais que

---

(61) Cass. 24 juin 1839. *S.*, 1839-1-577. Cass. 27 juillet 1877. *S.*, 1877-1-485. Cass. 28 novembre 1930. *S.*, 1930-1-193. Cass. 23 décembre 1931. *G.T.*, 13 janvier 1932. Lyon 26 mars 1941 *S.*, 1941-2-43. *Crim.*, 17 avril 1947. *S.*, 1948-1-1. n. Niboyet (distinction entre interprétation et application).

(62) Parmi les décisions récentes on peut citer : *C.E.*, 7 janvier 1944 Lecoq 5-26 janvier 1944 Wang Yu Kong *R.D.P.* 1945-267. 6 décembre 1944 Gracia. Bauderesse 314. 9 novembre 1945 Soc. Lanz France, 222. *C.P.*, Seine 25 mars 1947. *S.D.J.*, mars-avril 1947, p. 65.

(63) Devaux n. au *S.*, 1932-1-115.

(64) *C.E.*, 27 janvier 1922 C° Française des Tramways et d'Eclairage électrique de Shanghaï, 87, 21 mai 1926 Saurer, 528, 26 octobre 1934 Ministre des Travaux Publics, *S.*, 1935-3-25 n. P.L.

le sens et la portée d'une convention internationale soient déterminés, cela ne signifie pas automatiquement que le juge déclarera recevable les recours tendant à faire condamner l'Administration à exécuter le traité en faveur des requérants.

La théorie des actes de Gouvernement continue à dominer la matière : aux divers stades de la phase exécutoire des traités sauf exception, en vertu de la notion d'acte détachable, qu'il s'agisse de promulgation, de publication ou d'exécution proprement dite, les administrés se trouvent démunis de tout droit et de toute voie de droit en présence des refus d'exécution ou de l'inertie de l'Administration.

Sous-Section 1. — Promulgation et publication des traités

Nous retrouvons ici des données semblables à celles que nous avons étudiés à l'occasion de l'exécution des lois et des règlements. Promulgation et publication étant, nous le savons, des actes de nature différente (65) et la publication des traités étant, par ailleurs, règlementée spécialement sur le plan international, il convient d'étudier séparément des deux institutions.

§ 1er. — *La promulgation des traités.*

Dans son ensemble la jurisprudence, particulièrement la jurisprudence judiciaire, décide qu'un traité n'est obligatoire que s'il est régulièrement promulgué et refuse de l'appliquer, s'il ne l'a pas été (66). Le Conseil d'Etat et la juridiction des prises ne font guère état, pour leur part, de la promulgation que dans le dispositif ou les visas (67).

Or, cette exigence de la jurisprudence est très curieuse, parce qu'aucun texte n'oblige le Gouvernement à promulguer un traité. Parmi les nombreux textes constitutionnels qui ont régi la France depuis la Révolution de 1789, il ne s'est trouvé que la Constitution du 22 Frimaire An VIII (art. 50, § 1er) et le Senatus-Consulte du 16 Thermidor An X (art. 58, §2) pour prévoir semblable institution. Ni les Constitutions de 1875, ni la Constitution de 1946 entre autres, n'ont jamais imposé à l'Exécutif de promulguer les conventions internationales.

Cependant, en fait, le Gouvernement promulgue et la jurisprudence sanctionne le défaut de promulgation. Il faut donc essayer de donner un sens à cet acte, et de déterminer les droits des individus à son égard.

Selon M. Mestre (68), la promulgation est une suite de l'obligation contractée par l'Etat en vertu du traité conclu. L'Etat doit, en effet, faire passer dans la pratique la règle de droit

---

(65) V. cependant concl. Dupin. Cass. 28 novembre 1834. *S.*, 1834. 1.822 qui paraît confondre promulgation et publication. Niboyet n. au *S.* 1927-2-2 col. 2 pour qui promulgation signifie publication officielle des traités.

(66) Cass. 28 novembre 1934. *S.* 1834. 1.822. 19 mai 1863. *S.*, 1863-1-353. 22 juin 1874. *D.*, 1874-1-322. 27 juillet 1877., *S.*, 1877, 1.485, 22 mars 1923, *D.*, 1923-1-121 n. Nast et *S.*, 1924-1-89 n. Roux., *C.*, Paris 23 mai 1924, *D.H.*, 1924-497. Cass. 15 déc. 1928, *D.H.*, 1929-69, 28 février 1930, *S.*, 1931-1-193. Tribun. cv. Seine 28 mai 1930. *Journal de droit international privé*, 1931, 391. *C.*, Paris 19 juillet 1934.*R.G.D.I.P.*, 1936, p. 485-486. Cass. 8 mars 1938. *D.H.*, 1938, p. 270.

(67) *C.E.*, 28 mai 1937. Decerf 539, 1er juil. 1938 Sabin-Dudognon *D.*, 1939-3-9 n. Lampué et S. ; 1939-3-41, n. Rousseau. 8 février 1939 Guéron, 65. Cf. Rousseau, *op. cit.*, p. 398. Reuter « Essai sur la règle toute prise doit être jugée ». *Thèse Nancy*, 1933, p. 204.

(68) Mestre, *op. cit.*, p. 256.

établie par le traité. L'obligation serait ainsi d'origine conventionnelle au lieu d'être constitutionnelle et légale. Par la promulgation des traités, le Gouvernement, tout comme par la promulgation des lois, donne un ordre d'exécution aux autorités publiques.

Aussi, M. Anzilotti (69) voit-il dans la promulgation le seul moyen de donner force interne aux traités qui, par eux-mêmes, n'affectent que les rapports des Etats et sont sans incidence sur leurs nationaux. Cela aurait l'avantage d'éviter le recours à une loi spéciale destinée à introduire le traité dans l'ordre interne. La promulgtaion est donc le premier acte d'exécution du traité, concernant non son caractère exécutoire, mais son caractère obligatoire, puisqu'elle est créatrice d'une norme juridique (70).

Cette opinion est éminemment critiquable. En effet, si l'on soutient que la promulgation vaut création de normes juridiques, cela revient à dire que, du point de vue du droit interne, le Gouvernement exerce ainsi la fonction législative. Les partisans de cette théorie acceptent cette conséquence, en faisant valoir qu'elle découle tout naturellement du fait qu'au point de vue international, seul l'exécutif élabore les traités et, à ce titre, accomplit une fonction législative (71). Mais, si le droit international admet que les G ouvernements sont législateurs internationaux, il n'en est pas de même du droit interne français, pour qui le Gouvernement règlemente, mais ne légifère pas : si les traités sont insusceptibles de recours contentieux, ce n'est pas parce qu'ils sont des lois, mais des actes internationaux. Par ailleurs, pourquoi la promulgation, première phase de l'exécution des traités, serait-elle seule législative ? Pourquoi les décrets pris en exécution des traités ne seraient-ils pas de nature législative ? Or, nous verrons que dans la mesure où la théorie des actes détachables peut jouer, ils sont susceptibles de recours contentieux.

Enfin, cette théorie est critiquable à un autre point de vue. Elle part, en effet, d'une conception a priori du droit international selon laquelle les ordres internes et internationaux sont indépendants. Il suffit de partir d'une autre conception aussi a prioristique, mais moniste, et non dualiste, pour affirmer tout le contraire. Si l'on estime, en effet, qu'il n'existe qu'un seul ordre juridique dans lequel les divers actes se déterminent normativement, les règles du droit international étant considérées comme supérieures, on est conduit à dire que les traités qui font partie du droit « supra national » s'imposent comme tels et que la promulgation est une formalité inutile (72). M. Scelle avait tout d'abord adopté cette manière de voir (73) : la promulgation, selon lui, était contraire à la hiérarchie des normes, parce qu'elle accordait à l'exécutif un pouvoir discrétionnaire qui ne devait pas exister. Puis, un temps il l'abandonna, reconnaissant à la promulgation une portée pratique, en ceci qu'elle est le seul moyen de faire connaître aux agents publics la nouvelle règle internationale édictée, étant donné l'inexistence d'un pouvoir excéutif supra

---

(69) *Cours de Droit International.* Traduction Gidel, p. 407.

(70) Dans le même sens Duez : « L'indépendance des autorités législatives et des autorités règlementaires dans la fixation des règles de droit », *Thèse Lille,* 1914.

(71) Bonnet, *op. cit.*, p. 108.

(72) En ce sens Pillet: « Traité pratique de droit international privé ». Noël, *op. cit.*, Esmein *op. cit.*, p. 644.

(73) *Précis de droit des gens,* II, 1934, p. 352-353.

national (74). Mais, M. Scelle est revenu récemment à sa première opinion (75). A juste titre, il fait remarquer qu'un traité est définitif après ratification, qu'il ne peut y avoir de promulgation pour les traités secrets et que l'on ne peut poser en règle générale la nécessité de la promulgation qui ne se justifie qu'en régime de séparation des pouvoirs.

Mais, fait remarquer M. de Soto (76), le régime constitutionnel français est un régime de séparation des pouvoirs. On peut affirmer qu'en droit international, la promulgation est un acte inutile. Mais non en droit interne français. Et les solutions à apporter au problème de la promulgation en droit français, doivent être des solutions de droit interne et non de droit international. Par la conclusion des traités, dit M. de Soto, le Gouvernement exerce une activité législative : un acte spécial est donc nécessaire pour expliquer le passage à une activité exécutive, compte tenu qu'il n'est pas de pouvoir exécutif international, ni de règle internationale, relative à l'exécution des traités, et qu'il est nécessaire que l'exécutif donne un ordre pour exécution à ses agents.

Il serait très aisé de se reporter à ce qui a déjà été dit, à propos de la promulgation des lois pour condamner la thèse de M. de Soto. Nous avons vu, en effet, que la promulgation des lois n'était pas un ordre d'exécution nécessité par la séparation des pouvoirs, mais l'authentification de la procédure d'élaboration des lois (77). Mais on peut tenir compte du caractère spécial des traités pour ne pas tirer argument de cette démonstration. La condamnation de la théorie de M. de Soto et fournie par ses conséquences mêmes.

Selon lui, la promulgation constaterait d'abord la régularité des traités. Il y voit cependant l'effet le moins important. Cette restriction est fort bien venue. Mais elle devrait être beaucoup plus large et supprimer ce premier effet même : car, quelle garantie attendre d'un Gouvernement qui vérifie à un titre, ce qu'il a fait à un autre ? Législative ou exécutive, c'est toujours la même autorité qui agit. A notre sens, de ce point de vue, la promulgation est un acte totalement inutile et trompeur.

Dire ensuite que la promulgation assure l'exécution par les agents publics, n'est pas plaider en faveur de l'institution. Un acte officiel ne parait pas nécessaire : une simple circulaire y suppléerait aisément. Vis-à-vis des individus par contre, seule la publication compte pour que le traité leur soit opposable. M. de Soto reconnait lui-même que certains ordres valent promulgation pour les traités qui n'intéressent que le fonctionnement de l'Etat (78). Par conséquent, la promulgation ne serait utilisée que pour les traités concernant les individus, alors qu'il est dit que la promulgation est un ordre donné aux agents publics. M. de Soto conclut assez mélancoliquement que l'acte de promulgation n'étant pas prévu, ni par les lois ni par les traités par conséquent, n'étant pas enfermé dans un délai, il constitue certainement si l'on évoque la jurisprudence administrative, relative à l'exécution des traités et à la promulgation des lois, un acte de Gouvernement. Non parce qu'il s'agit d'un rapport de l'exécutif avec le législatif, mais d'un acte intéressant les relations internationales : par le

(74) *Manuel élémentaire de droit international public*, 1943, p. 462-463.
(75) Préface (p. 3) au livre de J. de Soto : « La promulgation des traités ».
(76) *Op. cit.*, p. 61.
(77) V. *supra*, p. 188.
(78) Cf. C. Prises 18 août 1918 Jonques Chinoise Pao Hing Lie, 1241.

refus de promulguer le Gouvernement, indique qu'il ne veut pas mettre le traité en application ; or, ceci peut avoir des conséquences non seulement internes, mais internationales. C'est à ce titre que la promulgation du traité constitue certainement un acte de Gouvernement.

On aboutit ainsi à une théorie qui s'efforce de justifier une institution pour montrer (sans trop le dire) qu'elle est inefficace et échappe à peu près au contrôle du droit.

Il n'est donc pas nécessaire, à notre avis, de recourir à une quelconque théorie générale du droit, pour démontrer l'inutilité de la promulgation des traités (79).

Il suffit simplement de constater :

1° qu'aucun texte ne prévoit la promulgation des traités, à qui on ne peut appliquer les textes relatifs à la promulgation des lois, un traité n'étant pas une loi ;

2° qu'il n'existe pas non plus de promulgation des règlements, et que ceux-ci et les traités sont l'œuvre d'une même autorité, leur différence de régime étant justifiée par l'objet international des traités ;

3° que la date des traités est déterminée par leur signature, et qu'il n'est donc pas besoin de promulgation ;

4° que la certification et l'authentification des traités sont données par la ratification et l'échange des instruments de ratification ;

5° que beaucoup de traités, enfin, fixent eux-mêmes la date de leur exécution.

Car, il n'est pas rare de voir des traités immédiatement applicables avant toute ratification et promulgation. Cela est parfois expressément stipulé dans certains traités de commerce. Mais cela résulte de la nature des choses en ce qui concerne les accords en forme simplifiée qui ne font pas intervenir le Chef de l'Etat, seule autorité compétente pour ratifier et promulguer (80). Et il est admis que la promulgation est inutile dans les rapports entre Etat protecteur et Etat protégé (81).

Il est donc inexact d'affirmer que la jurisprudence, d'une façon générale, pose le principe de la nécessité de la promulgation. Souvent, elle relève que le traité n'a pas été promulgué, mais simplement rendu exécutoire par une loi (82). Ce qui peut prouver qu'à ses yeux, le problème n'offre pas un intérêt capital.

L'incertitude des théories et l'incohérence du droit positif, nous amènent à constater qu'il n'est de solution au problème de la promulgation des traités, que celle que l'on veut bien lui donner. Nous conclurons en disant que cela n'intéresse que médiocrement les administrés, sûrs, si jamais l'acte de promulgation était critiqué devant le Conseil d'Etat, de le voir analysé comme un acte de Gouvernement insusceptible de recours contentieux.

---

(79) V. cependant Carré de Malberg : « La Loi expression de la volonté générale », p. 141 et s. qui démontre que le traité est œuvre de la volonté générale par « permission » législative, et que cette volonté générale rend le traité comme la loi exécutoire en tant que tel. Or nous avons vu que l'autorisation parlementaire de ratifier n'enlevait pas à l'action de l'exécutif sa nature administrative.

(80) Trib. Super Colmar, 4 février 1920. *S.*, 1922-2-57 n. Niboyet. Trib. cv. Senlis 19 juin 1941. *G.P.*, 7 août 1941. *C.*, Lyon, 26 mars 1941., *S.*, 1941-2-43.

(81) *C.* Alger 11 octobre 1926, *journal de droit international* 1927-719. Cass. 28 juillet 1925., *S.*, 1925-1-305. Cf. de Soto, *op. cit.*, p. 91 et s.

(82) Cass. 24 juin 1839. *S.*, 1839-1-577. *C.*, Paris 11 avril 1892-2-593. *C.A. O.F.*, précité. Crim. 28 février 1930. *D.H.*, 1930, p. 212 cf. Chailley : « La nature juridique des traités », *Thèse Paris*, 1932.

§ 2. — *La publication des traités.*

Il convient ici de distinguer la publication internationale et la publication interne des traités. Seule, en effet, la première est formellement prévue par des textes.

Désireux, après la guerre de 1914-1918, de supprimer tout ce qui pouvait ébranler la paix, spécialement la diplomatie secrète, les Etats signataires du Pacte de la S. D. N. ont reconnu, dans l'article 18 du Pacte, que « Tout traité ou engagement international conclu à l'avenir par un membre de la Société, devra être immédiatement enregistré par le Secrétariat et publié par lui aussitôt que possible. Aucun de ces traités ne sera obligatoire avant d'avoir été publié ». L'article 102 de la Charte des Nations-Unies a repris cette disposition en ces termes « Tout traité ou accord international conclu par un membre des Nations-Unies, après l'entrée en vigueur de la présente Charte sera, le plus tôt possible, enregistré au Secrétariat et publié par lui. Aucune partie à un traité ou accord international qui n'aura pas été enregistré conformément aux dispositions du § 1er du présent article, ne pourra invoquer ledit traité ou accord revant un organe de l'organisation ».

La plupart des auteurs estiment que cette publication prohibe les traités secrets (83). Mais ceci a été contesté. Il n'est pas sur d'abord qu'un traité revise ipso facto les constitutions avec lesquelles il est incompatible, et qu'à ce titre, l'article 18 du Pacte de la S. D. N. (maintenant article 102 de l'O. N. U.) ait annulé les possibilités constitutionnelles du Gouvernement français, de conclure des traités secrets. On peut simplement constater que l'on est en présence de textes contradictoires (84).

En fait, la pratique française avait été toute de fidélité aux stipulations de l'article 18. Mais de toutes façons, il ne s'agit que d'une obligation internationale sans effet en droit interne. L'enregistrement des traités mettant en rapport un organisme international et l'Etat Français, il y a lieu de penser que, si un jour les tribunaux sont appelés à statuer sur le défaut d'enregistrement, ils y verront un acte de Gouvernement parce que diplomatique, cemme tel insusceptible de recours contentieux.

La situation se présente différemment si l'on examine le problème de la publication interne des traités, car ici les sujets de l'Etat sont directement intéressés.

Or, aucun texte ne prévoit ni n'organise la publication des traités. L'article 1er du Code civil et le décret de 1870 ne concernent que les lois et les décrets, et les traités sont des actes d'une nature speciale. Si, le plus souvent, il est procédé à une publication dans le *Journal Officiel,* la thèse de l'Administration demeure toujours qu'elle n'est en rien obligée d'effectuer cette publication (85), soit pour la mise en vigueur, soit pour la dénonciation d'un traité.

En fait, tous les engagements internationaux de l'Etat Fran-

---

(83) Watrim: « Le Pacte de la S.D.N. ». Scelle : « l'Organisation internationale du travail et le B.I.T. », Paris 1930, p. 231. Le Fur : « Le développement historique du droit international ». *R.C.A.D.I., T.* 41, p. 505. Barthélémy et Duez, *op., cit.,* p. 826

(84) En ce sens, Mirkine Guetzevitch : « La procédure constitutionnelle de la conclusion des traités internationaux sous le régime parlementaire » in *Mélanges* Manhaim, p. 192. Rousseau, *op. cit.,* p. 321.

(85) Lettre du Ministre des Affaires étrangères du 22 mai 1933. *Journal de droit international,* 1924, p. 286.

çais sont loin d'être publiés. On s'hypnotise sur les traités secrets jugés répréhensibles : faut-il encore jeter le même discrédit sur les accords simplifiés qui, eux aussi, ne sont jamais publiés ? (86). Par ailleurs, quand un traité est publié, les réserves faites par un Etat au moment de sa signature ou de sa ratification ne le sont pas.

Il n'est pas niable que le défaut de publication ne présente des inconvénients multiples, par exemple quand l'Etat accède ou adhère à un traité collectif, quand il dénonce un traité. Il est en effet alors très difficile aux simples particuliers de savoir à quoi s'en tenir sur leurs droits et obligations.

Aussi, n'est-il pas étonnant, que la jurisprudence soit saisie de la question, non seulement pour décider de la validité du traité non publié, mais surtout pour statuer sur la responsabilité de l'Etat, en raison d'un pareil défaut de publication à l'occasion de la mise en application d'un accord diplomatique.

C'est ainsi que l'Etat Français a été déclaré responsable du dommage causé à des commerçants par la non-publication de la mise en application de l'interprétation nouvelle d'un accord diplomatique relatif au régime douanier des Etablissements Français de l'Inde (87).

Cependant, il ne faut pas donner à cet arrêt la portée qu'il n'a pas. On ne peut y découvrir l'affirmation que l'Administration doit, en tout état de cause, publier toutes les conventions internationales. L'arrêt s'exprime, en effet, ainsi : « Considérant qu'en ne faisant pas connaître aux expéditeurs, soit par une publication au *J. O.* de la colonie, comme cela avait été fait pour la convention du 1er mai 1936, soit par tout autre procédé... ». Ce qui signifie qu'il n'y a faute que parce qu'il a été porté atteinte à la confiance légitime des administrés dont l'activité était réglée sur une précédente convention publiée, et qui étaient donc en droit d'attendre qu'une nouvelle interprétation, obtenue après accord international, soit portée à leur connaissance. Enfin, il faut relever que le Conseil d'Etat n'impose pas un mode de publication : au moyen du *Journal Officiel* ou par tout autre procédé, pourvu que les intéressés soient prévenus.

Cette décision a été rendue à propos de l'exécution d'un traité. Qu'aurait-il été décidé s'il n'y avait eu ni exécution, ni publication ?

L'arrêt Ranc est une nouvelle application de la théorie de l'acte détachable : le Conseil d'Etat a, en effet, accordé une indemnité pour préjudice résultant du défaut de publication, mais non pour compenser le préjudice résultant de l'application du nouveau tarif douanier. Celui-ci résultait d'un accord diplomatique insusceptible de recours contentieux comme intéressant directement les rapports diplomatiques. La publication n'est pas au contraire un acte de portée internationale et n'intéresse que les nationaux français, sans soulever des questions d'interprétation et d'exécution propres au traité.

Peut-on déduire que le défaut de publication est toujours susceptible d'engager la responsabilité de l'Etat, au titre d'acte détachable d'une convention internationale ? D'une part, il est certain que la publication des traités, tout comme celle des lois et actes administratifs, n'est qu'un acte matériel dont on ne peut

(86) Trib. cv. Perpignan, 7 avril 1939. *G.P.*, 29 juin 1939. *C.*, Lyon, 26 mars 1941. *S.*, 1941-2-43. Cf. Rousseau, *op. cit.*, p. 402 et s.
(87) *C.E.*, 7 décembre 1945. Soc. Ranc. *S.*, 1946-3-29. Concl. M. Lefas.

sanctionner l'absence par la voie du recours pour excès de pouvoir. Par ailleurs, du moment que la publication n'est pas expressément prévue par des textes, et qu'elle ne résulte que d'une pratique, il semble que la solution de l'arrêt Ranc ne soit valable que dans l'hypothèse ou le Gouvernement exécute les stipulations nouvelles et non publiées d'un traité dont les dispositions anciennes, primitivement publiées, avaient autorisé les particuliers à exercer une activité selon les modalités de ces dispositions. A la condition, bien entendu, que le défaut de publication ait par lui-même causé un préjudice.

D'autre part, la publication des traités n'étant pas toujours obligatoire, il semble que contrairement à ce qui se passe en matière de publication des lois et des règlements, les individus puissent demander l'exécution d'un traité non publié, puisque le caractère obligatoire d'un traité n'est pas affecté par le défaut de publication. Mais ils se verront alors opposer une fin de non-recevoir tirée, non du défaut de publication, mais du caractère d'acte de Gouvernement ; sauf pour eux à démontrer que l'acte incriminé peut être détaché de l'exécution ou du refus d'exécution du Traité.

Sous-Section 2. — Linexécution proprement dite des traités

§ 1er. — *Les controverses doctrinales.*

« Un traité international par sa nature » estimait Laband (88) « n'a pas d'effets juridiques à l'intérieur, mais purement et simplement à l'extérieur ». Cette proposition avait acquis l'adhésion d'une doctrine étrangère qui se refusait à admettre qu'un traité put avoir des effets vis-à-vis des individus. Anzilotti s'exprimait en effet ainsi (89) : « Les obligations et les droits que le droit international attache au fait juridique « traité », sont rapportés par ce même droit au groupe social pris dans sa totalité, de façon que le devoir imposé et le droit accordé ne sont pas des devoirs ou des droits des individus isolés, composant le groupe, mais de la collectivité considérée comme unité ». La conséquence de cette théorie est que les traités ne créent pas des droits au profit des individus, mais imposent seulement aux Etats contractants le devoir de les faire naître par le moyen de leur droit interne (90).

Cette idée repose sur la conception dualiste des ordres juridiques internes et internationaux. C'est ce qui fait dire à Anzilotti (91) que « les clauses qui... dans les traités... en apparence expriment l'attribution de droits ou l'imposition de devoirs à des individus ou à des organes... sont des manières impropres d'exprimer que l'Etat promet à un autre Etat d'accorder les droits dont il s'agit ou d'imposer des obligations ».

Poussé à l'extrême, ce raisonnement signifie que c'est l'Etat étranger que l'on doit considérer comme garant des droits à accorder, non seulement à ses nationaux, ce qui est soutenable, mais encore aux nationaux de l'autre Etat, cela même sur le ter-

---

(88) *Droit public de l'Empire Allemand* I. p. 436. Sur les Théories de l'école allemande, cf. M. Noël : « De l'autorité des traités comparés à celle des lois ». *Thèse Paris*, 1921, p. 19 à 49.

(89) *Cours de droit international* (traduction Gidel), 1929, p. 403

(90) En ce sens Oppenheim : « Intenational Law » T. 1, Peace (1re édit.), p. 343-344

(91) *Téoria génréale della responsabilita dello Stato*, 1902, p. 133.

ritoire de celui-ci, à l'intérieur de sa sphère normale de compétence, ce qui est un défi au bon sens.

Les partisans du monisme juridique ont eu beau jeu de démontrer l'absurdité de cette thèse. Kelsen a fait valoir (92) que dans un système moniste, même si on accorde la primauté au droit interne, toute violation du traité est une violation du droit, la théorie supposant, en effet, que l'Etat reconnaît le droit international et donc la règle « pacta sunt servanda ». Si, au surplus, la Constitution prévoit la conclusion des traités, la violation de ceux-ci constitue au premier chef une violation du droit, en tant que violation de la Constitution.

Mais, outre que Kelsen envisage surtout le problème au point de vue de la responsabilité internationale des Etats, sa thèse ne peut être adoptée qu'en fonction d'une théorie moniste du droit, et spécialement de l'appréciation de la règle « pacta sunt servanda ».

Il nous paraît qu'une solution peut être simplement trouvée dans le droit positif français, la jurisprudence française n'ayant jamais fait appel, ou laissé supposer qu'elle faisait appel, aux théories générales du droit en la matière.

A priori, ainsi que l'exprimait Barthélémy (93), on ne voit pas pourquoi les obligations contractées par l'Etat dans un traité international, n'ont pas pour corrélatif un droit subjectif de l'individu. Il semble que les tribunaux doivent, sous peine de faillir à leur devoir, assurer l'exécution de tous les actes émanant de la puissance publique. Spécialement, lorsque le Gouvernement français reçoit une indemnité pour le compte de ses nationaux, on peut considérer qu'il s'est substitué au Gouvernement étranger, qu'il y a eu ainsi une sorte de novation par changement de débiteur, rendant les créanciers français, créanciers de leur Gouvernement, ce qui enlève alors tout obstacle à l'exercice de leur action au contraire de ce qui se passe en matière d'action diplomatique proprement dite (94).

Ceci peut être d'autant plus facilement admis, si l'on considère que « les traités internationaux ne sont plus uniquement comme autrefois des marchandages et des transactions mettant fin à des querelles d'ambition politique, par des partages de territoires ou des versements d'indemnités pécuniaires. Les conditions économiques nouvelles de la vie mondiale, les facilités de plus en plus grandes du commerce international et la spécialisation plus poussée des grandes nations dans le domaine de la production, l'avènement sur la scène politique, à côté des anciennes grandes puissances, de pays neufs et encore inexpérimentés, la diffusion toujours plus intense de la pensée dans ses formes les plus diverses, jusque dans les pays les plus reculés, les exigences toujours plus grandes du sentiment de la justice et de la dignité humaine, toutes les conditions nouvelles ont profondément transformé la physionomie générale de l'activité diplomatique des Etats. Des problèmes techniques se posent, la nécessité d'une véritable législation internationale se substituant aux systèmes nationaux divergents, se fait sentir tous les jours plus impérieuse, un véritable bien commun international se fait jour, dont la réalisation s'ébauche sur le plan du droit par la

---

(92) Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public, p. 227, surtout, p. 293.

(93) Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés, p. 160.

(94) En ce sens cf. Brémond : « Des actes de Gouvernement ». *R.D.P.*, 1896, T. 5, p. 23 et s.

mise en œuvre de véritables services publics internationaux. De tout cela, il résulte que les traités internationaux sont fréquemment invoqués devant la juridiction de l'ordre interne, à l'occasion des litiges entre particuliers, ou entre ces particuliers et l'Etat, en tout cas, sur un autre plan que le plan de la vie internationale et diplomatique » (95).

Mais s'il n'est pas niable que les individus et non plus seulement l'Etat, ont intérêt à l'exécution des conventions internationales, cela ne signifie pas pour autant qu'ils y aient droit.

Car les traités forment, nous l'avons vu, une catégorie juridique très spéciale. Ils ne sont pas assimilables, ni à la loi, ni au contrat, ni à l'acte administratif (96). Ils peuvent bien accorder des avantages aux individus, mais le juridique est dépassé par le politique, car, la simple exécution d'un traité sur le plan interne, est susceptible de mettre en cause le traité lui-même sur le plan international. Tout le débat est dominé par le fait que l'on se trouve en présence d'un acte qui a moins cherché à établir des rapports de droits que des rapports d'autorités. On peut dire qu'il est souhaitable de distinguer l'action diplomatique de ses conséquences (97). Il n'est pas sur que ce soit possible. Nous avons vu, en effet, que l'individu n'a pas, en droit public, le droit de créer la règle de droit. Le principe de légalité s'y oppose d'abord, puisque c'est lui qui ordonne l'activité des pouvoirs publics et qu'il ne saurait intervenir là où il n'y a pas de légalité préexistante : d'où le fait que l'initiative législative et règlementaire échappe aux simples particuliers. En outre, les rapports inter-autorités ne sont susceptibles de recours contentieux que dans la mesure où l'on peut les apprécier normativement et non hiérarchiquement : l'Administration doit exécuter la loi en tant que règle de droit et non en tant qu'ordre du législatif. Si cette règle de droit n'existe pas, les rapports inter-autorités sont soustraits au contrôle du juge : tels les rapports du Gouvernement avec le Parlement, en ce qui concerne les projets de lois, la promulgation des lois.

L'idée sous-jacente et fondamentale, est qu'il s'agit là de questions ou l'opportunité prévaut. Nous la retrouvons en matière d'action diplomatique et aussi en matière d'exécution des traités. Car, non seulement on se trouve en présence d'un texte élaboré par des autorités égales et indépendantes, mais d'un texte où les questions juridiques font partie d'un tout politique extrêmement complexe, qui les explique et les complète.

On comprend dès lors la jurisprudence administrative dont la prudence l'emporte sur les préoccupations juridiques. Peu importe que la doctrine ou la Constitution (art. 26, Constitution 27 octobre 1946) attribuent aux traités force de loi. Avoir force de loi ne signifie pas être assimilé à la loi : l'article 26 de notre actuelle Constitution dit simplement qu'un traité, même contraire à une loi, fait automatiquement partie du droit interne français, sans qu'il soit besoin d'un acte spécial d'introduction autre que la ratification. Mais cela n'implique en rien que le traité soit assimilé à la loi et aux règlements, sur d'autres points. Et l'on peut

---

(95) L. de Naurois : « Les traités internationaux devant les juridictions nationales », *Thèse Toulouse*, 1934, p. 1-2.

(96) Sur ce point cf. Chailley, *op. cit.*, p. 268. Cass. 24 juin 1839. *S.*, 1839-1-579 «attendu que les traités passés entre les nations ne sont pas de simples actes d'administration et d'exécution ».

(97) Trotabas, *op. cit.*, p. 350.

même dire, avec M. J. Donnedieu de Vabres, que « la référence à la délégation législative souligne que l'ordre juridique interne est fermé sur lui-même et qu'aucune règle ne peut y prendre vigueur qui ne soit adaptée aux conditions propres de cet ordre » (98).

Le refus d'exécution d'un traité est à notre sens considéré à juste titre par la jurisprudence comme un acte de Gouvernement. Non pas parce que les traités ne sauraient avoir d'effets juridiques au point de vue interne, mais parce qu'il est bon que le juge refuse de statuer sur une matière intéressant surtout la collectivité publique, parce que susceptible d'entrainer des divergences de vue et des difficultés internationales.

Il ne faut pas croire cependant que les individus soient démunis de toute voie de recours. Le Conseil d'Etat a, en effet, appliqué à l'inexécution des traités sa théorie de l'acte détachable, selon laquelle peut faire objet de recours contentieux un acte qui est appréciable en dehors de l'acte de Gouvernement, à l'occasion duquel il a été pris.

C'est donc à ces deux points de vue qu'il faut étudier la jurisprudence relative à l'inexécution des traités.

§ 2. — *Caractère juridique de l'inexécution des traités.*

Il sembleque la jurisprudence ait été assez tôt fixée, refusant de recevoir des requêtes relatives à l'inexécution des traités, tant sur le plan du recours pour excès de pouvoir que sur celui du recours en indemnité. On peut relever en 1823 une décision du Conseil d'Etat (99) considérant qu'est acte de Gouvernement le refus du Gouvernement français de répartir certaines sommes laissées à diverses personnes par Napoléon, dans son traité avec les Alliés du 11 avril 1814, par lequel il abandonnait à la couronne tous ses biens possédés en France, à l'exception de la somme en question.

Mais, quelques années après, dans l'arrêt Perret (100), le Conseil d'Etat déclara recevable, pour la rejeter au fond, une requête tendant à obtenir du Gouvernement Français, le paiement d'obligations mises à sa charge par un traité. Il ne pouvait être question d'acte détachable. Mais cet arrêt ne fit jamais jurisprudence, et dans la décision Valette (101), il fut considéré que l'allocation et la distribution de l'indemnité consentie par un Gouvernement étranger, à la suite de la saisie d'un brick, devait être opérée en vertu d'un accord diplomatique et dès lors, ne pouvait faire l'objet d'un débat contentieux.

Depuis, la position du Conseil d'Etat n'a jamais variée. A son sens « les traités... constituent des actes diplomatiques, émanés de la puissance souveraine dont les conséquences ne peuvent, par elles-mêmes, donner ouverture à aucune réclamation contre l'Etat par voie contentieuse » (102). L'arrêt Jecker (103), par ailleurs, infirme la décision Perret, puisqu'il est dit que l'opposition du Gouvernement au paiement des traites destinées à

---

(98) J. Donnedieu de Vabres : « La Constitution de 1946 et le Droit International ». *D.*, 1948, Chr. 5.

(99) *C.E.*, 22 janvier 1823 Baron Fain, 17.

(100) *C.E.*, 5 décembre 1833. *S.*, 1834-2-630.

(101) *C.E.*, 7 décembre 1843, 568.

(102) *C.E.*, 23 juillet 1875 Villebrun, cf. formule presque identique dans *C.E.*, 16 juin 1864 Montoulard, 567.

(103) *C.E.*, 18 novembre 1869, *R.*, p. 890, concl. de Belbœuf.

effectuer le paiement de dettes du Mexique envers le requérant, était insusceptible de recours contentieux, les dites dettes ayant été reconnues par le Mexique dans un traité avec la France.

Cette fixité de la jurisprudence s'est maintenue de nos jours, tant en ce qui concerne l'inexécution des traités, relative à l'ordre international que l'inexécution relative à l'ordre interne, et qu'il n'agisse d'un recours pour excès de pouvoir ou d'un recours de plein contentieux.

Le rôle du service diplomatique français consiste, en effet, à veiller à l'exécution des traités par les Etats étrangers contractants, et par l'Etat Français, à l'égard des étrangers. Son abstention, ses refus d'actions, ses retards, sont susceptibles de causer des dommages aux protégés français et étrangers. Il y a cependant toujours là actes de Gouvernement.

C'est ainsi qu'à été jugée irrecevable l'action en dommages et intérêts, fondée sur ce que l'Office des biens et intérêts privés n'avait pas réglé la créance d'avant guerre du requérant sur une banque hongroise, conformément à l'article 231 du Traité de Trianon et à la convention franco-hongroise du 31 janvier 1921 (104).

C'est dans le même sens que le Conseil d'Etat a décidé qu'un médecin étranger à qui l'exercice de sa profession avait été interdit, n'était pas recevable à se prévaloir de la clause d'un traité qui, pourtant, lui avait garanti la liberté de cet exercice (105).

Il estime, en effet, que c'est au Gouvernement étranger seul ou au Gouvernement Français de réclamer l'exécution dans ces conditions, s'ils s'y croient fondés ou jugent la réclamation opportune.

L'idée de protection des nationaux domine, en effet, l'exécution des traités relative à l'ordre international. Les questions d'opportunité l'emportant, le juge administratif se déclare à juste titre, incompétent.

Mais son attitude est la même lorsqu'il s'agit d'un refus d'exécution intéressant l'ordre interne.

Selon lui, ce refus constitue toujours un acte de Gouvernement qui frappe d'irrecevabilité tant les recours en annulation que les recours en indemnité.

Aussi, se déclare-t-il incompétent pour annuler la décision d'un Ministre qui refuse à un particulier le bénéfice des dispositions du traité de Versailles, relatives à la réparation par l'Allemagne des dommages causés à la suite de mauvais traitements infligés à des prisonniers de guerre (106) — comme pour apprécier une requête en dommages et intérêts fondée sur le préjudice subi par suite du refus d'exécuter une convention internationale (refus de la France de nommer les Commissions mixtes prévues par le traité du 14 mars 1860, relatif à la réunion de la Savoie à la France, afin d'examiner les questions incidentes à cette réunion) (107).

Cette jurisprudence s'est surtout développée à l'égard des litiges concernant le refus du Gouvernement de répartir entre ses nationaux et d'allouer à l'un d'eux les sommes obtenues des

---

(104) *C.E.*, 10 mars 1933 Reitlinger. *S.*, 1933-3-93.
(105) *C.E.*, 28 février 1869 Rosat, 203. Cf. *C.E.*, 15 novembre 1879, Sicart 708.
(106) *C.E.*, 9 janvier 1925 Baléchat. *D.*, 1923-3-65 n. Devaux.
(107) *C.E.*, 31 décembre 1860 Corso, 936.

Etats étrangers, à titre de dommages et intérêts ou de paiement de dette.

Un arrêt rendu en 1944 est venu montrer que cette jurisprudence restait vivace, et ne fléchissait guère (108). Le Gouvernement Français était intervenu en faveur du sieur Boussac, auprès du Gouvernement Polonais, dans un différend qui les opposait, au sujet d'une société polonaise, débitrice du requérant. Un accord avait été conclu entre les deux Gouvernements, aux termes duquel il avait été procédé à l'annulation des dettes de la Société contre remise d'un certain nombre de ses actions au requérant qui renonçait ainsi à ses créances. Le Gouvernement Polonais s'était donc engagé à verser, au Trésor Français, une certaine somme (45 millions) en quatre tranches annuelles, à partir du 12 novembre 1936. Environ 37 millions furent versés au titre des trois premières tranches. Mais, en 1939, le reliquat et les intérêts dûs ne le furent pas.

Le sieur Boussac se retourna alors contre le Gouvernement Français, lui demandant de continuer à exécuter les clauses de l'accord, d'autant plus qu'il pouvait se procurer aisément les fonds nécessaires, en opérant une retenue sur les crédits ouverts au Gouvernement Polonais par l'accord de Rambouillet, du 17 septembre 1936.

Le Conseil d'Etat rejeta la requête en ces termes : « Considérant que les conventions des 17 septembre et 27 novembre 1936 sont des actes diplomatiques et que les subventions relatives à leur exécution ne peuvent être discutées devant le Conseil d'Etat par la voie contentieuse ; que la suspension, par suite des événements de guerre, du versement de l'échéance de 1938, ainsi que les modalités concernant le financement des sommes dues au sieur Boussac par le Gouvernement Polonais, tant en capital qu'en intérêts, sont des questions qui se rattachent à l'exécution des conventions du 17 septembre et 27 novembre 1936 ; que dès lors, la requête du sieur Boussac n'est pas susceptible d'être accueillie ».

On peut justifier cette jurisprudence en disant que le Gouvernement, libre de mettre en mouvement son action diplomatique en faveur d'intérêts particuliers, a le droit de déclarer que ses effets ne visent pas tel ou tel réclamant, ou ne le visent que dans une proportion inférieure à ses prétentions (109).

Mais cet argument ne vaut que lorsque les ayants-droit sont déterminés d'une façon imprécise, et que la somme n'a été fixée que globalement, sans tenir compte des droits individuels. Dans l'espèce Boussac, l'identité du réclamant et la qualité de sa créance ne pouvaient faire de doute. C'est là la preuve que l'exécution d'un acte diplomatique ne se confond pas nécessairement avec lui (110).

On peut admettre qu'un juge se refuse à interpréter un traité et à exiger son exécution par l'Administration, mais dans la mesure seulement où cette interprétation et cette action sont susceptibles d'entrainer des difficultés diplomatiques, d'obliger l'Etat à négocier à nouveau, à faire pression sur son contractant, c'est-à-dire, en somme, à revenir à l'action diplomatique.

---

(108) *C.E.*, 11 août 1944 Boussac, 229, cf. *C.E.*, 7 décembre 1834, Valette 563, 5 janvier 1847 Courson 1-30 avril 1867 Dubois, 421, 12 février 1870 Limantour 77, 12 février 1870 Casauranne 75, 22 juillet 1921 Huter, 727.

(109) Cf. Teissier : « Traité de la responsabilité de la puissance publique », p. 147.

(110) Cf. Duez :« Les actes de gouvernements », p. 85.

Or, cet effet ne sera jamais provoqué en matière de répartition ou de paiement d'une somme due. Il n'est pas question d'intervenir auprès de l'Etat étranger qui déjà, par traité, s'est reconnu débiteur et a versé les fonds. L'arrêt Boussac n'est défendable que dans la mesure où le juge s'interdit d'enjoindre à l'Administration un mode particulier de paiement. Mais, hors cela, il ne semble pas que l'exécution de pareils traités puissent en quoi que ce soit, affecter les relations internationales, si l'on admet qu'il n'est pas besoin de les interpréter.

Ne serait-il donc pas possible de voir dans semblables refus d'exécution un acte détachable ?

Il semble que non, car ainsi que nous allons le voir, la notion d'acte détachable a, en matière d'inexécution des traités, une portée assez spéciale qui interdit de penser que la jurisprudence relative à l'inexécution « non détachable » puisse jamais évoluer (111).

On peut faire remonter la jurisprudence de l'acte détachable à un très ancien arrêt Lord Rivers, rendu par le Conseil d'Etat, le 15 juin 1821. Par celui-ci, la Haute Juridiction administrative avait admis que le traité du 30 mai 1814, ayant supprimé tous les effets de la confiscation des biens des sujets britanniques, l'Administration des Domaines devait, en conséquence, accorder main levée du séquestre apposé sur ces biens.

Toutefois, c'est depuis une période assez récente que cette jurisprudence s'est assez largement étendue. L'arrêt Goldschmidt (112) paraît en effet remarquer un tournant décisif de la mentalité du Conseil d'Etat. Le paragraphe 1er de l'article 68 du Traité de Versailles disposait que, pendant cinq ans, les produits naturels ou fabriqués, originaires ou en provenance d'Alsace-Lorraine, seraient reçus en Allemagne exempts de tous droits de douane : aux termes du § 2, il était convenu que le Gouvernement Français se réservait de fixer chaque année, par décret notifié au Gouvernement Allemand, la nature et la qualité des produits devant bénéficier de cette franchise ; en outre, le § 3 fixait un maximum total à ne pas dépasser, égal à la moyenne annuelle des quantités envoyées au cours des années 1911 à 1913. Donc, le Gouvernement Français devait prendre annuellement des décrets relatifs à l'application de l'article 68, c'est-à-dire des mesures destinées à déterminer les ayants-droit aux avantages stipulés par cet article, mesures que le Conseil d'Etat estima « absolument indépendantes du traité lui-même » et, comme telles, susceptibles de lui être soumises par la voie contentieuse.

Il a maintenu ce point de vue dans l'arrêt dame Caraco (113), où il a jugé que le décret de ratification, qui, en tant que tel, constitue un acte de Gouvernement, pouvait être au contraire discuté contentieusement dans ses dispositions qui avaient créé un organisme administratif spécial, et déterminé sa compétence en même temps que les règles applicables aux recours contre les décisions de cet organisme. Ces dispositions sont, aux yeux du Conseil d'Etat, absolument distinctes de la convention et peuvent donc faire l'objet d'un recours contentieux.

C'est aussi dans le même esprit qu'il a été décidé que, si l'établissement d'un office de compensation, prévu par une con-

---

(111) Cf. Alibert : « Le Contrôle juridictionnel de l'Administration », p. 77.
(112) *C.E.*, 27 juin 1924, *R.*, 607.
(113) *C.E.*, 5 février 1936. *D.*, 1927-3 n. Devaux.

vention diplomatique était un acte de Gouvernement, il n'en était pas de même des décisions refusant à un créancier d'un Etat étranger de toucher les sommes dues à ce titre par l'Office, ces décisions ayant trait au fonctionnement de l'Office Français de Compensation, se détachant ainsi de la convention et pouvant, de ce chef, faire l'objet d'un recours contentieux (114).

Ceci devait tout naturellement amener le Conseil d'Etat à se déclarer compétent pour reconnaître des actions en dommages et intérêts fondées sur un défaut de fonctionnement de l'organe administratif français chargé de l'Office de compensation (115).

Dans un arrêt assez récent, le Conseil d'Etat vient, semble-t-il, de donner une idée précise de ce qu'il entend par acte détachable (116). Il s'agissait d'une requête en dommages et intérêts, motivée par un accident survenu lors des opérations de déchargement d'un navire anglais, au cours des hostilités, dans le port de Brest. Or, il se trouvait que les mesures de sécurité relatives à cette opération, avaient été concertées et exécutées par les autorités françaises et anglaises : il s'agissait donc bien de conclusion et d'exécution d'accord international, qui plus est en temps de guerre. A ce titre, le Conseil d'Etat rejeta la requête dans la mesure où elle mettait en cause le régime de sécurité ainsi établi.

Par contre, il admit que la responsabilité des services français du port aurait pu être recherchée « indépendamment des rapports internationaux » mais, qu'en l'espèce, elle ne pouvait être mise en cause, d'une part le texte invoqué par la société requérante ne concernant pas les opérations du déchargement, d'autre part, aucune faute n'ayant été invoquée à la charge des services du port (117).

De tous ces arrêts, il paraît résulter que l'acte détachable est celui qui est appréciable, non par rapport au traité, mais par rapport à la législation interne. C'est-à-dire, en somme, l'acte qui est déjà détaché.

En effet, par exemple, les mesures de séquestre à l'égard des étrangers, sont prévues en fonction d'un certain état des relations internationales. Mais elles ont un statut indépendant de tout traité : celui-ci agit simplement comme une condition de fait dont il suffit de constater l'existence et non d'apprécier la validité. S'il est mis fin à l'état de guerre, il faut lever les mesures de séquestre, simplement en raison de la cessation des hostilités, et non pas du traité qui n'en fixe que les modalités. De même, si l'on analyse l'arrêt dame Caraco, on constate que le recours n'a été admis que parce qu'il s'agissait de savoir si le décret était conforme aux lois en vigueur (décret établissant, en vertu d'une convention franco-tunisienne, les modalités de l'appel de la Commission de premier degré de Tunisie à la Commission supérieure des bénéfices de guerre siégeant à Paris).

Toutes les fois qu'il existe une règlementation interne parallèle à la règlementation issue du traité, il est possible d'y

---

(114) *C.E.*, 11 juin 1937 Soc. Etablissements Alkan *D.H.*, 1937-442.
(115) Soc. Georges Daras. *S.*, 1937-3-108.
(116) *C.E.*, 7 septembre 1945 Soc. Worms *R.D.P.*, 1947-207.
(117) Cf. *C.E.*, 7 janvier 1944 Lecoq 5. « Considérant que nonobstant l'occupation du territoire de la commune par des troupes étrangères, le Conseil d'État demeure compétent pour apprécier la légalité des mesures prises par l'autorité municipale en vue d'assurer l'ordre public et la satisfaction des besoins en cause, si, et dans la mesure où cette appréciation ne nécessite pas l'interprétation d'actes internationaux, et ne porte pas sur les pouvoirs de la puissance occupante ».

rapporter les décisions de l'Administration, même si cette règlementation a été originairement prise en exécution du traité.

Cette jurisprudence doit être rapprochée de celle de l'état de siège, où il est affirmé que l'état de siège est un acte de Gouvernement, mais que les mesures prises en application restent administratives et susceptibles de recours contentieux.

Il y a cependant une différence : la jurisprudence relative à l'état de siège en apprécie les mesures d'exécution, non seulement par rapport aux pouvoirs généraux de police, mais aussi par rapport aux pouvoirs conférés par l'état de siège lui-même. Au lieu que la théorie des actes détachables en matière diplomatique n'admet la critique contentieuse des actes d'exécution que s'il est possible de les confronter avec les règles de droit internes, et non avec les règles de droit issues du traité. C'est la conformité à la loi interne qui est envisagée et non la conformité au traité (118).

On comprend dès lors qu'il est tout à fait impossible à la théorie des actes détachables de modifier, en quoi que ce soit, la jurisprudence relative à la répartition des sommes allouées par un Etat étranger. La chose ne serait concevable que s'il existait une règlementation déterminée unilatéralement par l'Etat Français et posant les principes généraux de semblables répartitions. Auquel cas on pourrait invoquer la violation de ces principes, mais non pas celles du traité.

La jurisprudence nous semble donc en la matière de l'inexécution des traités, bien moins progressive, qu'en celle du défaut de protection diplomatique. Là, elle a su opérer des distinctions et dire que tout acte de services diplomatiques n'avait pas en soi nécessairement un but diplomatique, ne tendait pas nécessairement à l'intervention et à la négociation diplomatique.

Le problème de l'inexécution des traités paraît dominé par celui de l'interprétation des traités. Le Conseil d'Etat a l'air d'estimer que toute appréciation de l'exécution est une appréciation ou implique une appréciation du traité, et, qu'en tout état de cause, le traité étant un acte de portée internationale (alors que tout acte de service diplomatique n'a pas cet effet), un juge ne doit pas s'immiscer dans des problèmes où les solutions d'opportunité conditionnent et dominent les solutions juridiques.

---

(118) Jurisprudence à rapprocher de : *C.E.*, 16 juillet 1920 Bordj 707, annulation de l'incorporation militaire de deux sujets maltais résidant en France, contraire à un accord franco-britannique du 9 octobre 1917, non pour violation de cet accord, mais pour violation de la loi française du 9 novembre 1917. *C.E.*, 28 mai 1937 Decerf 534 : les conditions et la procédure de l'extradition sont en principe déterminées par les lois du 10 mars 1927, sauf quand il existe un traité (art. 1° de la loi) ; auquel cas si l'extradé est originaire d'un pays qui a signé un traité d'extradition, il ne peut invoquer la loi de 1917, et il n'appartient pas au Conseil d'Etat de connaître de l'exécution du traité d'extradition.

CHAPITRE IV

LE PROBLEME DE L'INEXECUTION DANS LA HIERARCHIE ET LA TUTELLE ADMINISTRATIVE

Nous abordons maintenant un problème assez différent de ceux que nous avons examinés jusqu'ici.

Le droit public français, ainsi qu'il a été précédemment exposé, attribue compétence exclusive aux pouvoirs publics en ce qui concerne l'initiative de la règle de droit : compétence souveraine l'orqu'il s'agit de l'élaboration des lois, discrétionnaire en matière de traités et de règlements généraux. Par contre, l'exécution de ces actes peut être requise par les simples particuliers, dans la mesure où ces actes leur confèrent des droits et lient en conséquence le pouvoir d'appréciation de l'Administration. Réserve faite cependant de l'exécution de certains d'entre eux, que le juge s'interdit de contrôler, de pareils actes mettant en cause moins des rapports juridiques que des relations d'autorité à autorité, tels le refus d'action diplomatique et l'inexécution des traités.

Or, la mise à exécution de la règle de droit par l'Administration provient du concours d'autorités diverses, unies entre elles par des liens spéciaux qui résultent des modes d'organisation de ces autorités, inspirés soit du principe hiérarchique, soit du principe de tutelle. Ce sont là, en effet, les deux modes d'organisation de l'Administration française, la hiérarchie intéressant les organes centralisés et la tutelle les organes décentralisés.

C'est par la mise en mouvement de ce mécanisme interne, que la règle de droit passe de mains en mains, d'autorités en autorités, depuis celles qui sont chargées de la décision, jusqu'à celles qui sont chargées de l'exécution. Si ce mécanisme est enrayé, l'administré peut attendre vainement la prestation promise. Il lui est toujours possible de se plaindre de l'inexécution de la règle de droit, mais il peut aussi s'en prendre au mécanisme interne que nous venons de décrire, et incriminer son inertie.

L'administré, en effet, a le droit de mettre en cause la responsabilité de l'Administration à propos d'une défaillance, d'une déficience de son organisation : le défaut de surveillance hiérarchique, l'abstention des autorités de tutelle sont susceptibles, si elles ont été fautives et dommageables, de justifier un recours en indemnité.

Mais, ce n'est là qu'un pis aller. L'indemnisation n'est pas une prestation. Peut-être constitue-t-elle une leçon... Mais elle est essentiellement une sanction. Ce qui explique que l'administré cherchera surtout à se saisir de la clé nécessaire pour mettre en mouvement la lourde machine administrative. A cela, il arrivera par l'utilisation du recours hiérarchique et des recours de tutelle.

A supposer que l'administré ait vu sa demande satisfaite, il n'est pas dit qu'il soit encore au bout de ses peines. Car l'autorité inférieure peut fort bien résister passivement ou activement,

c'est-à-dire désobéir aux ordres de l'autorité supérieure. C'est là le délicat problème de la désobéissance aux ordres et décisions de l'autorité supérieure que nous étudierons dans une section deuxième après avoir, dans une première section, déterminé ainsi qu'il a été précédemment indiqué les conditions de la responsabilité et de la mise en mouvement des autorités supérieures.

Toutefois, nous n'aurons envisagé, dans son ensemble, le problème de l'inexécution dans la hiérarchie et dans la tutelle qu'après avoir étudié la question spéciale relative au défaut de liaison entre les diverses autorités administratives. En effet, l'extrême complexité des services publics, l'ignorance juridique conjuguée des administrateurs et des administrés, font que très souvent, ces derniers ne savent à quelle autorité aller porter leurs demandes et réclamations. Aussi, l'on est en droit de se demander si une autorité incompétente, pour statuer sur une requête, n'est pas juridiquement obligée de transmettre celle-ci à l'autorité compétente. Nous étudierons, dans une troisième et dernière section, les conditions selon lesquelles pareil défaut de transmission est juridiquement sanctionné.

SECTION 1. — L'ABSTENTION DES AUTORITES HIERARCHIQUES ET DE TUTELLE

Sous-Section 1. — La faute d'abstention

L'abstention fautive a été très tôt sanctionnée par la jurisprudenc du Consil d'Etat, tout au moins en ce qui concerne le phénomène de l'abstention chez les autorités unies entre elles par les liens de la subordination hiérarchique. Il s'agit là essentiellement d'une faute pour défaut de surveillance de la part des autorités supérieures ou de direction.

L'affaire Clef (1) est une application intéressante de la mise en jeu re cette responsabilité. Au cours d'une manifestation un individu qui n'y participait pas, avait été arrêté, puis molesté par des militaires très surexcités, à la suite de violences subies au cours de la journée, de la part des manifestants. Or, à aucun moment, leurs supérieurs hiérarchiques n'intervinrent pour faire cesser ces brutalités à l'égard du sieur Clef. Le Conseil d'Etat accorda une indemnité au requérant, motif pris de ce que les sévices dont il avait été victime n'avaient été rendus possibles que « par suite d'un manque de surveillance de l'autorité militaire ».

On trouve un très grand nombre de décisions incriminant cette faute, des supérieurs hiérarchiques, à l'occasion des accidents automobiles causés par des militaires, qui, en dehors de tout service commandé, avaient pu utiliser des véhicules de l'armée, grâce à la négligence des autorités chargées de surveiller leur sortie des parcs automobiles ou leur utilisation pour les besoins du service (2).

Parmi les arrêts récents faisant application de ce principe, on peut citer : la décision Société des Spath-Fluor du Midi (3) où a été considéré comme « une faute de nature à engager la responsabilité de l'Etat » la surveillance insuffisante de l'Admi-

(1) *C.E.*, 13 mars 1923. *R.*, 266.
(2) *C.E.*, 30 mars 1928 Robert Jullien 487. 13 février 1935 Dlle Lefèvre 189. 21 février 1947 Çonsorts Delau *S.*, 1947-3-80.
(3) *C.E.*, 19 janvier 1944, *R.*, p. 21.

nistration des Chantiers de Jeunesses qui avait été cause des dégâts commis au préjudice de la Société requérante par des jeunes gens des Chantiers de Jeunesse. — La décision ville de Saint-Rémy-en-Provence (4), par laquelle une indemnité a été allouée à une commune dont certains agents avaient été molestés par des travailleurs indochinois, en raison d'un défaut de surveillance de la part des autorités du camp de travailleurs indochinois (5).

C'est là l'application pure et simple de la notion de faute de service public, dont le défaut de surveillance de la part des autorités supérieures n'est qu'une modalité parmi tant d'autres.

Aussi, voit-on mettre en jeu les principes habituels :

Le défaut de surveillance susceptible d'entraîner la responsabilité de l'Administration devant être fautif, il ne peut se présumer : c'est au requérant d'en apporter la preuve (6).

Et l'Administration est évidemment admise à prouver que le défaut de surveillance ne peut lui être imputée à faute, s'il résulte des circonstances, qu'il était impossible aux autorités supérieures d'exercer cette surveillance (7) ou que le requérant, soumis à celle-ci, avait tout fait pour la déjouer (8). Il en est de même lorsque l'Administration peut démontrer, pour nier l'insuffisance de son contrôle que le requérant avait aussi mission de veiller à l'application des lois et règlements : c'est ainsi qu'un industriel qui, par suite des détournements commis par un de ses comptables chargé des affaires relatives aux Assurances sociales, avait dû verser une deuxième fois le montant des cotisations patronales afférentes à son entreprise, n'a pas été admis à réclamer une indemnité à l'Etat en soutenant que les vérifications opérées par l'Inspecteur du Service départemental des Assurances sociales, auraient dû permettre de découvrir les détournements et qu'il y aurait eu là, à la charge de ce service, une faute de nature à engager la responsabilité de l'Etat, car le contrôle institué par les lois et règlements sur les Assurances sociales, ne dispense pas le chef d'entreprise de la surveillance qu'il lui appartient d'exercer sur ses employés (9).

Toutefois, il est intéressant de noter que le Conseil d'Etat n'exige pas nécessairement que ce défaut de surveillance, constitue une faute lourde (10) : il suffit qu'il soit simplement fautif pour engager la responsabilité de l'Administration. Par ailleurs, on constate une curieuse répugnance du juge administratif à sanctionner le refus d'utilisation du pouvoir hiérarchique, alors qu'il sanctionne facilement l'insuffisance de la surveillance des mêmes autorités hiérarchiques. Il n'a pas voulu ainsi rendre l'Etat responsable du refus d'un Ministre d'ordonner à un Préfet de mettre fin aux opérations d'un service départemental (11). Seul,

---

(4) *C.E.*, 19 janvier 1945, *R.*, p. 21.
(5) *C.E.*, 31 mai 1946 Etablissement Périgné et C°.
(6) *C.E.*, 12 octobre 1945 Bartholozzi, 201.
(7) *C.E.*, 17 janvier 1945 Veuve Rubod ; 14 (la requérante demandait une indemnité en raison du meurtre de son mari par un tirailleur marocain en juin 1940 dans la zone des combats. Le Conseil d'Etat repoussa la requête, le meurtre ayant été commis « à une époque et dans une région où les combats auxquels participaient l'unité du meurtrier, rendaient impossible la surveillance de chaque soldat »).
(8) *C.E.*, 5 octobre 1945, Henry 199.
(9) *C.E.*, 24 juin 1942 Parent D.A. 1943-14.
(10) Parfois, il paraît exiger une « faute manifeste et de particulière gravité ». *C.E.*, 28 mars 1924 Loumi-Daoud 354.
(11) *C.E.*, 4 janvier 1946, Duché 6.

le département peut être déclaré responsable en raison de l'activité de ce service.

La responsabilité des autorités hiérarchiques supérieures apparaît donc essentiellement comme le manquement à une obligation de diligence, et non comme le manquement à une obligation d'accomplir tel ou tel acte précis (12). A notre sens, cela découle de la nature des rapports hiérarchiques : le supérieur hiérarchique sur recours hiérarchique est libre d'apprécier l'opportunité de tel ou tel acte, mais il est, par contre, possible d'incriminer un genre d'activité sans apprécier chaque acte en particulier.

C'est d'ailleurs en vertu de cette idée que la doctrine avait estimé qu'il serait possible d'atteinde les défaillances, incuries et carences des autorités chargées d'exercer la tutelle administrative.

L'abstentionnisme de ces autorités a été relevé par beaucoup d'auteurs qui ont eu la tâche très facile pour montrer que leur contrôle s'avérait plus que négligent, pour ne pas dire complice, à l'égard du personnel et des actes, surtout financiers, des collectivités décentralisées, trop enclines à la fois à dépenser et à éluder leurs obligations (13). Cette crise de l'autorité de tutelle, cause de la crise financière des autorités soumises à leur contrôle, a été aperçue par l'Inspection Générale des Finances qui, dans un rapport de 1941, a stigmatisé les excès financiers des collectivités décentralisées, le gonflement exagéré du personnel, les programmes trop vastes des travaux et aussi la carence des autorités de tutelle qui, si elles avaient agi avec promptitude et fermeté, auraient pu empêcher certaines irrégularités et des gestions malheureuses. C'est un épisode célèbre de cette crise de l'autorité de tutelle qui vient de permettre récemment au Conseil d'Etat, de mettre en cause, pour la première fois, la responsabilité pour abstention des autorités de tutelle.

Il s'agit des arrêts Caisse d'Assurance Sociale de Meurthe-et-Moselle et ville de Bayonne (14), épilogue de l'affaire Stavisky ou, plus exactement, des faux bons émis par le Crédit Municipal de Bayonne (15).

C'est en ces termes que le Conseil d'Etat a sanctionné les défaillances des autorités de tutelle :

« Considérant que les agissements criminels du sieur Stavisky et de ses complices, n'ont été rendus possibles que par *la faute lourde* commise par le Préfet des Basses-Pyrénées, dans le choix du personnel dirigeant du Crédit Municipal de Bayonne, lors de sa création, en 1931, *et dans le maintien en fonction de ce personnel, ainsi que par la négligence prolongée des différents services de l'Etat qui sont chargés du contrôle de ces établissements publics communaux et qui n'ont procédé que tardivement*

---

(12) Le fait que le supérieur hiérarchique a laissé violer un règlement peut être aussi pris en considération : *C.E.*, 30 mai 1947 Veuve Robinier 230 (défaut de surveillance de l'autorité militaire, qui, contrairement aux règlements laissa partir un permissionnaire avec une arme de guerre, qui lui servit par la suite à occasionner un accident mortel en chassant).

(13) Cf. Guille : « L'alignement des voies publiques et privées », *Thèse Paris*, 1938, p. 31. P. Chrestien : « Du contrôle des dépenses locales, *Thèse Strasbourg*, 1944, p. 66.

(14) *C.E.*, 29 mars 1946. *R.D.P.*, 1946-490, n. Jèze, concl. Lefas. *S.*, 1947-3-73, n. Mathiot.

(15) Les crédits municipaux, ou « Monts-de-Piété » sont des Etablissements Publics, et comme tels soumis à la tutelle administrative. *C.E.*, 20 juin 1919 Brincat.

aux investigations de toute nature que l'ampleur anormale des opérations du Crédit Municipal de Bayonne leur commandait de faire ; que la caisse requérante est fondée à soutenir que ces fautes sont de nature à engager la responsabilité de l'Etat » (1re espèce). « Considérant sur le premier point, qu'il résulte de l'instruction que l'autorité municipale a commis *une faute grave en ne surveillant pas, contrairement aux dispositions de l'article 578 du décret du 31 mai 1862 l'administration du Crédit Municipal, que le Conseil Municipal s'est abstenu de tout contrôle efficace du budget et des comptes de gestion qui lui étaient soumis en vertu de l'article 580 du décret précité ; que sur le deuxième point, l'action frauduleuse du sieur Stavisky n'a été rendue possible que par les agissements répréhensibles, sinon par la complicité du Maire et par la négligence des Conseillers municipaux, qui, par application de l'article 2 de la loi du 24 juin 1851, représentaient la Ville au sein du Conseil d'Administration,* que ces fautes sont de nature à engager la responsabilités de la commune » (2e espèce).

Il faut attribuer la plus large portée à ces arrêts rendus en matière de contrôle sur un établissement communal. Leur rédaction même implique cette interprétation surtout si l'on se réfère aux conclusions du Commissaire du Gouvernement Lefas (16).

Il est toutefois un point sur lequel nous ne suivrons pas M. Lefas (17). En effet, le Commissaire du Gouvernement fit valoir dans ses conclusions, que le Conseil d'Etat, en sanctionnant une telle inertie, n'inaugurait pas une jurisprudence, mais confirmait une jurisprudence ancienne.

Or, il apparait que le distingué Commissaire du Gouvernement (à moins qu'il n'ait voulu amadouer la Haute-Juridiction) s'est trompé (18). Tous les arrêts qu'il cite montrent qu'il n'avait encore jamais été statué sur l'abstention fautive en matière tutelle.

Les arrêts Compagnie Marseillaise de Navigation à vapeur (19), Société anonyme des Forges et Chantiers de la Méditerranée (20), et Caire (21), ont été rendus en matière contractuelle : la responsabilité de l'Administration provenait de ce qu'elle n'avait pas usé de ses pouvoirs à l'égard de son co-contractant (22).

L'arrêt Chambre syndicale des propriétaires-loueurs d'autocars (23) ne peut non plus être invoqué comme étant à l'origine de la jurisprudence actuelle : le franc symbolique, accordé au groupement requérant, pour préjudice résultant de la tolérance abusive en matière de circulation dont avait bénéficié, en l'absence de toute autorisation régulière, la S. T. C. R. P., n'impliquait pas la responsabilité de la ville de Paris en tant qu'autorité concédante (ce qui ne peut d'ailleurs être assimilé à une autorité de tutelle), mais bien des autorités de police chargées de la police de l'utilisation des voies publiques de Paris.

Il faut également rejeter la décision Commune de Souma (24) où la responsabilité pour abstention du pouvoir de tutelle avait

---

(16) *R.D.P.*, 1946, p. 498.
(17) En notre sens, Mathiot, n. précitée.
(18) Semblable erreur paraît avoir été commise par Maspetiol et Laroque : « La Tutelle administrative », p. 301-303.
(19) *C.E.*, 20 mai 1904. *R.*, 425. Concl. contraires Teissiers, *S.*, 1906-3-19.
(20) *C.E.*, 13 juillet 1928. *D.H.*, 1928-521. *S.*, 1929-3-80.
(21) *C.E.*, 5 novembre 1937. *R.*, 899.
(22) V. *infra*, p. 223 et s.
(23) *C.E.*, 26 juin 1931, *R.*, 707.
(24) *C.E.*, 20 janvier 1939. *R.*, 18.

été relevée, mais où il s'agissait de rapports assez spéciaux : retards d'une commune à exécuter ses obligations envers un Douar (cf. loi 1er avril 1918, D. 6 février 1919, L. 11 décembre 1922).

Cependant, l'on peut apercevoir une tendance de la jurisprudence dans trois arrêts rendus de 1937 à 1938.

Dans une première décision Schlumberger (25), le Conseil d'Etat avait jugé que le refus de l'autorité de tutelle, de désigner les biens du patrimoine privé d'une commune en vue du règlement d'un créancier de celle-ci, était une manifestation du pouvoir discrétionnaire en tant qu'il s'agissait d'une appréciation de fait, insusceptible de recours contentieux. En conséquence, un recours ultérieur du même sieur Schlumberger (26), visant cette fois à obtenir une indemnité de l'Etat pour ce refus d'action de la part de l'autorité de tutelle, fut également repoussé, l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire paraissant, en principe, ne devoir jamais être fautif.

Mais ces deux arrêts laissaient à penser que lorsqu'il ne s'agirait plus de pouvoir discrétionnaire, l'action en responsabilité serait peut-être alors efficace. Sur ce point, le Conseil d'Etat devait apporter une précision : il se refuse, en effet, à contrôler le refus d'inscription d'office, sauf s'il est motivé en droit ; auquel cas, il annule un pareil refus s'il est fondé sur une erreur de droit. Mais pareille erreur de droit ne constitue pas une faute, un refus juridiquement erroné d'inscription d'office ne met pas en jeu automatiquement la responsabilité de l'organe de tutelle (27).

Une autre condition est, en effet, exigée par les deux arrêts relatifs au Crédit Municipal de Bayonne : il faut une faute lourde de l'autorité de tutelle. On peut noter dès lors que le défaut de surveillance est plus aisément répréhensible chez les autorités hiérarchiques. Cependant, il est un point commun : en matière de tutelle comme en matière hiérarchique, ce n'est pas une faute déterminée qui est incriminée, mais une faute anonyme de service, un manquement à la loi du service en empêchant le fonctionnement normal, c'est-à-dire un manquement à une obligation de diligence.

Cette jurisprudence peut présenter un danger : les autorités décentralisées étant souvent insolvables, on cherchera alors à atteindre, par tous les moyens, les autorités de tutelle.

Toutefois, il faut remarquer que celles-ci ne sont pas condamnées au lieu et place des autorités contrôlées, mais qu'il s'agit de leur responsabilité propre (28). En effet, tout patrimoine administratif doté de la personnalité morale doit apporter les conséquences de ses actes dommageables et non celles des actes dommageables accomplis par une autre collectivité. C'est ainsi que l'Etat ne peut être déclaré responsable du fonctionnement d'un établissement public national qu'il contrôle, et ne peut être obligé d'en acquitter les dettes (29) — non plus que du fait qu'un

---

(25) *C.E.*, 26 mai 1937. *R.*, 518.
(26) *C.E.*, 20 juillet 1938. *R.*, 701.
(27) *C.E.*, 1er avril 1938, Soc. anonyme Hôtel d'Albe, 341.
(28) Cf. concl. Lefas *op. cit.*
(29) Soc. ano. Hôtel d'Albe précité.

Ministre n'a pas prescrit à un Préfet de mettre fin aux opérations d'un organisme départemental responsable du préjudice causé au requérant (30). Il s'agit de savoir à quelle autorité la faute est imputable. D'ailleurs, la responsabilité de l'un n'exclut pas celle de l'autre : il peut coexister une faute de l'autorité en tutelle et une faute de l'autorité de tutelle. Ce que la logique autorise à penser, le Conseil d'Etat paraît aussi le permettre : dans un arrêt Sassot (31) il a, en effet, décidé que l'autorité de tutelle avait commis une faute en approuvant les refus systématiques, irréguliers et, par eux-mêmes, dommageables de l'autorité soumise à son contrôle. Les deux organes sont donc fautifs, mais à des titres divers. Toutefois, il se peut qu'un seul préjudice ait été souffert. Aussi, le Conseil d'Etat a-t-il fort sagement jugé en décidant que la responsabilité de l'autorité de tutelle ne pourrait être engagée que si elle avait aggravé le préjudice déjà causé au requérant, par l'attitude de l'autorité qu'elle contrôlait.

Ainsi précisée, la jurisprudence du Conseil d'Etat ne peut qu'être approuvée et se développer (32). Toutefois, il faut noter que seul, un manquement à une obligation de diligence est ainsi sanctionné. — Nous allons voir maintenant, en effet, combien l'Administration maintient sa toute-puissance, lorsque les simples particuliers essayent de mettre en branle les mécanismes internes de la hiérarchie et de la tutelle.

Sous-Section 2. — La mise en mouvement du pouvoir hiérarchique et de tutelle

Le doyen Hauriou (33) pensait qu'un jour viendrait où l'on pourrait forcer le pouvoir hiérarchique ou tutélaire à agir. Or, il semble bien que la hiérarchie et la tutelle soient demeurées des phénomènes de la vie intérieure de l'Administration (34). Cette constatation n'est cependant que partiellement exacte en ce qui concerne la tutelle : si, en règle générale, il n'est pas reconnu aux administrés le droit d'exiger des autorités hiérarchique et de tutelle qu'elles exercent une action sur les autorités qu'elles contrôlent, il est toutefois des cas dans lesquels ce droit appartient aux administrés en matière de tutelle.

Cette différence de traitement s'explique, si l'on envisage les raisons qui président à l'établissement des régimes hiérarchique et de tutelle. La hiérarchie est liée à la centralisation : elle s'exerce à l'intérieur d'une même autorité à l'égard des agents publics, placés dans une position subordonnée. La pyramide symbolise très exactement ce mode d'organisation, qui a pour but de permettre au supérieur d'imposer sa volonté à l'inférieur.

Par contre, la tutelle est liée à la décentralisation et s'exerce entre autorités séparées, prenant séparément des décisions autonomes, bien que concourrant au même but. Elle a été instituée pour servir de frein à la décentralisation ; son premier aspect

---

(30) *C.E.*, 9 mars 1945 Habar 48.

(31) *C.E.*, 6 octobre 1944. *R.*, 258.

(32) Cf. *C.E.*, 14 mars 1947, Soc. Maviel et C°. *S.D.J.*, mars-avril 1947, n° 3, p. 57 : intervention tardive de l'autorité de tutelle.

(33) N. sous arrêt Casanova. *S.*, 1901-3-73.

(34) En ce sens, Fayolle : « La force exécutoire des décisions de justice vis-à-vis des administrations publiques », *Thèse Nancy*, 1926, p. 111. Laurent « De l'autorité des décisions des tribunaux administratifs », *Thèse Aix*, 1941, p. 80. Tari : « Des moyens d'assurer l'exécution des jugements rendus contre l'Administration ». *Thèse Paris*, 1933.

est donc négatif, empêcher les corps autonomes de devenir nuisibles à l'intérêt général du pays et à l'unité de l'Etat. Le contrôle hiérarchique s'effectue préventivement alors que le contrôle tutélaire s'effectue en général a posteriori. Toutefois, la tutelle n'est pas seulement exercée par l'Etat : les Conseils généraux exercent certaines attributions de tutelle sur les autorités communales qui, de leur côté, contrôlent la gestion des établissements publics communaux. La tutelle est donc toujours exercée par une collectivité plus large que la collectivée décentralisée ou spécialisée (Etablissement public) soumise à son contrôle.

Mais, au contraire de la hiérarchie et, parce qu'il s'agit de respecter l'initiative des corps autonomes, l'activité tutélaire est soumise au principe de légalité, doit respecter les règles de forme et de délai imposées par la loi et surtout être exercée dans le but voulu par la loi. Si bien, qu'en fin de compte, cela a pour conséquence de conférer dans une certaine mesure des droits, tant au profit des autorités contrôlées qu'au profit des administrés. — La tutelle qui, originairement servait à protéger l'Etat contre les corps autonomes est devenue, dans une moindre mesure, un moyen de protection à la fois des administrés et des collectivités de tutelle.

Cette différence de nature, entre les régimes hiérarchiques et de tutelle, nous oblige donc à envisager séparément les possibilités d'action des individus, relatives, d'une part à la mise en mouvement du pouvoir hiérarchique, d'autre part, à la mise en mouvement du pouvoir de tutelle.

§ 1er. — *La mise en mouvement du pouvoir hiérarchique.*

La hiérarchie implique une superposition par degrés des agents publics, et le pouvoir, pour les agents supérieurs, de diriger et de réformer les actes de ceux qui leur sont subordonnés. Le pouvoir hiérarchique du fonctionnaire supérieur consiste donc, non seulement à diriger par des notes, ordres, instructions, etc... l'activité de son service, mais aussi à réformer, annuler et suspendre les décisions des fonctionnaires subalternes (35).

Il y a donc là une manifestation assez complète du pouvoir, puisque le pouvoir hiérarchique est à la fois préventif et impulsif, répressif et résolutif, mais non pas cependant une manifestation totalement complète, car, le supérieur hiérarchique ne possède pas, en principe, le droit de substitution d'action à l'encontre de ses subordonnés. Car, en droit public français, le fonctionnaire compétent pour accomplir un acte doit, si les conditions exigées sont réunies, accomplir cet acte, mais l'accomplir seul. Par conséquent, le supérieur hiérarchique qui se substitue à son subordonné commet un empiètement de fonction et agit incompétemment (36). De même, que constitue un excès de pouvoir le fait, pour un subordonné, d'avoir purement et simplement appliqué les instructions de son supérieur, sans avoir lui-même apprécié le cas (37).

On peut cependant se demander si l'article 85 de la loi du

---

(35) Cf. Rivero n. sous *C.E.*, 7 février 1936 Samart. *S.*, 1937-3-113 sur la distinction entre le pouvoir réglementaire, le pouvoir d'organisation du chef de service, le pouvoir disciplinaire et le pouvoir hiérarchique.

(36) *C.E.*, 14 septembe 1945, Soc. anon. Etabl. Bernard Fassona, *S.*, 1946-3-7.

(37) *C.E.*, 21 décembre 1945, Bommier, *S.*, 1946-3-32.

5 avril 1884 qui autorise le Préfet à se substituer au Maire qui, en sa qualité d'agent de l'Etat, se refuse à exécuter un acte prescrit par la loi, n'est pas une exception au principe que nous venons d'exposer. Mais d'une part, la jurisprudence étendant ce texte aux hypothèses où le Maire refuse également d'exécuter un acte prescrit par la loi, mais en sa qualité d'agent de la commune (38), et d'autre part, le Maire, même agent de l'Etat, possédant un statut spécial en raison de ses origines électives, il est possible de voir dans cet article 85 une forme un peu anormale de la tutelle administrative.

Il est donc permis d'affirmer que lorsque le subordonné s'obstinera dans son refus d'agir ou dans son silence, malgré les requêtes des administrés et les ordres des supérieurs, celui-ci ne pourra agir à sa place pour vaincre cette inertie, mais seulement utiliser les moyens de répression disciplinaires (39).

Sous cette réserve, il n'en demeure pas moins que le pouvoir hiérarchique a à sa disposition des moyens de contrainte très efficaces à l'encontre des agents subalternes.

Aussi, le premier geste très naturel des administrés est-il, lorsque les recours contentieux ne sont pas développés, ou lorsqu'on désire éviter les frais et lenteurs d'un procès, de s'adresser au supérieur hiérarchique, afin qu'il annule, réforme, suspende la décision d'un subordonné ou lui ordonne d'accomplir tel ou tel acte rentrant dans sa compétence (étant d'ailleurs précisé qu'il faut s'adresser au supérieur immédiat du fonctionnaire dont on critique la décision).

C'est là le recours hiérarchique, forme primitive de tous les recours en matière administrative, Par cette voie, l'administré peut discuter les décisions des subalternes, tant par des moyens tirés de la légalité que de l'opportunité. Il ne requiert pas seulement la reconnaissance d'un droit, mais il cherche à obtenir le secours du supérieur hiérarchique à qui il demande de faire pression sur son subordonné. En fin de compte, c'est à une épreuve de force que l'on aboutit, ce qui dénie, de toute évidence. le caractère contentieux au recours hiérarchique. Un exemple excellent de cette distinction entre recours hiérarchique et contentieux, nous est fourni par la loi du 10 août 1871, dont l'article 88 dispose que les décisions de la Commission départementale peuvent être frappées d'appel devant le Conseil Général pour cause d'opportunité (recours hiérarchique) ou déférées au Conseil d'Etat pour excès de pouvoir et violation de la loi ou d'un règlement d'administration publique (recours contentieux). Cette appréciation de l'opportunité par le supérieur hiérarchique, rend donc le recours hiérarchique très efficace. Surtout si l'on songe que tous les actes administratifs en sont susceptibles, même s'ils ne sont pas exécutoires, même s'ils sont discrétionnaires et que l'absence totale d'un acte n'est pas un obstacle à l'exercice de ce recours (40). Enfin, le recours hiérarchique n'étant soumis à aucune condition de formes ou de délais, on conçoit que les avantages qu'il présente soient très grands.

Mais les défauts ne le sont pas moins. L'absence de procé-

---

(38) Cf. *C.E.*, 30 septembre 1942, Fénion 265. Varangot : « La substitution du Préfet et du Sous-Préfet au Maire », *Thèse Paris*, 1934, p. 28 et s.

(39) Il va sans dire que cette « inertie désobéissante » peut être sanctionnée par un recours en dommages et intérêts, contre l'Administration ou le fonctionnaire lui-même : V. *infra* Section 2, p. 197.

(40) *C.E.*, 7 février 1896. *R.*, p. 114.

dure, dans la plupart des cas, peut constituer une gêne. L'inconvénient capital réside en ceci, que le supérieur hiérarchique n'est aucunement obligé de répondre aux requêtes qui lui sont adressées par la voie du recours hiérarchique, puisqu'elles ne lui demandent pas de statuer sur un droit, mais d'agir à l'encontre de ses subordonnés (41). Il en est un autre enfin, qui est constitué par les limites posées aux possibilités d'appréciation de l'opportunité de la part du supérieur hiérarchique : le pouvoir hiérarchique ne peut, en effet, s'exercer que pour illégalité si la décision incriminée du subalterne est un acte subjectif ou un acte condition (42).

Sous cette réserve, le supérieur hiérarchique a pouvoir discrétionnaire d'adresser des ordres à ses subordonnés et de censurer leur action. Le recours hiérarchique peut permettre de lui faire sentir les imperfections du service qu'il dirige : mais il demeure le seul maître de décider s'il sera répondu ou fait droit à la demande qui lui est adressée par la voie du recours hiérarchique et s'il est opportun d'exercer son pouvoir hiérarchique à l'égard de ses subordonnés.

Mais, si le recours hiérarchique n'est pas de nature contentieuse, il a cependant des effets à l'égard du recours contentieux.

Tout d'abord, la possibilité offerte aux particuliers d'exercer ce recours hiérarchique ne fait pas obstacle à ce que, par un recours contentieux, ils déférent directement au juge la décision incriminée (43).

Mais surtout, le recours hiérarchique permet, sous certaines conditions, de conserver le recours contentieux. C'est ce qu'un récent arrêt Vinciguera (44) a excellemment rappelé en ces termes :

« Considérant que les particuliers ont toujours la faculté, sauf si des législations spéciales ont créé des procédures particulières, de porter d'abord leur réclamation contre un acte administratif, devant l'auteur de cet acte ou devant le Ministre supérieur hiérarchique, et de ne se pourvoir par la voie contentieuse, que lorsque cette réclamation a été rejetée.

— que le délai ne court alors que de la notification de la décision de l'autorité qui a statué (45).

— que toutefois, il n'en est ainsi qu'à la condition que le recours gracieux au hiérarchique ait été lui-même formé dans le

---

(41) *C.E.*, 11 juin 1875 Hallé 558 concl. David 20 janvier 1882. Lafaille 53, n. *P.G. :* le refus du Préfet ou du Ministre d'ordonner à un Maire de faire une exhumation ne peut être contrôlé contentieusement ; il en aurait été autrement si le recours avait été dirigé contre la décision du Maire. *C.E.*, 4 janvier 1895 Paradis 4, 8 mars 1895 Cayrat 215 : Le refus du Ministre de se prononcer sur un recours hiérarchique demandant d'annuler l'arrêté préfectoral déclarant nulle de droit une délibération d'un Conseil Municipal, ne constitue pas comme tel un excès de pouvoir. Cf. *C.E.*, 31 juillet 1896 de Larenty-Tholozan 634 (refus du Ministre d'interdire à l'avance le renouvellement de l'occupation temporaire de la propriété du requérant).

(42) C.E., 14 juin 1912, Wulliet 659.

(43) *C.E.* 12 mai 1905. Commune de Portiragnes 414. 20 janvier 1911 Pichon 69, 1er mars 1911 Boujailles, 28 janvier 1938 Maire, *D.*, 1938-3-59 n. Chaudot, 3 mars 1944 Société pour la fabrication d'aliments composés pour le bétail, 75.

(44) *C.E.*, 23 mars 1945, *R.*, 56.

(45) *C.E.*, 25 mai 1928 Raynaud. *S.*, 1928-3-81, n. Hauriou. *D.*, 1928-3-53, n. Appleton.

délai du recours contentieux applicable devant la juridiction compétente » (46).

Cependant, il faut ajouter que le recours hiérarchique doit avoir été porté devant l'autorité administrative compétente (47) et que pareille cause d'interruption du recours contentieux ne peut jouer qu'une fois (48).

Néanmoins, le recours hiérarchique peut faire revivre le délai du recours contentieux, même s'il n'a pas été intenté dans le délai de celui-ci, si sur recours hiérarchique une nouvelle décision a été prise ou l'ancienne maintenue après une nouvelle instruction, auquel cas le délai recommance à courir à partir de la date de la nouvelle décision quelque soit le temps écoulé depuis la première (49). Par contre, si la décision est simplement confirmative de la précédente, le recours contentieux n'est conservé que si le recours hiérarchique a été exercé dans les délais du recours contentieux (50).

Telles sont les caractéristiques et incidences contentieuses du recours hiérarchique. La jurisprudence n'a pas voulu que, destiné à faciliter les requêtes des administrés, tout en laissant le supérieur hiérarchique libre d'y répondre et d'utiliser son pouvoir hiérarchique, il puisse constituer une entrave à l'exercice du recours contentieux.

Mais, nous devons essentiellement retenir que la mise en mouvement du pouvoir hiérarchique n'est pas un droit au profit des administrés.

§ 2. — *La mise en mouvement du pouvoir de tutelle.*

Les pouvoirs de tutelle s'exercent très différemment du pouvoir hiérarchique. Ils sont, en effet, très strictement règlementés et n'existent pas de plein droit, puisqu'il s'agit, avant tout, de respecter la liberté des corps autonomes et subsidiairement, d'empêcher que cette liberté ne nuise à l'unité de l'Etat et aux intérêts généraux du pays. C'est ce qui a permis de dire au Commissaire du Gouvernement Romieu, que la tutelle s'exerçait de moins en moins, au profit des particuliers à qui, par contre, les recours contentieux étaient de plus en plus largement ouverts, non contre les actes des autorités de tutelle, mais contre ceux des autorités soumises à leur contrôle (51).

Ceci n'est guère étonnant si l'on considère les modalités d'exercice des pouvoirs de tutelle.

Ceux-ci consistent en une action sur le personnel des autorités décentralisées et en un contrôle des actes de ces autorités.

Il est rare que l'autorité de tutelle recrute et nomme le personnel des organes qu'elle contrôle. L'idée de décentralisation s'y oppose semble-t-il. Toutefois, l'on a assisté à pareille

---

(46) Délai de 2 mois s'il s'agit du recours pour excès de pouvoir : *C.E.*, 19 mars 1930 Parlant, 27 novembre 1930 Syndicat des Grandes Pharmacies de France, 3 février 1932 Dugenne 136, 22 juillet 1932 Grasser, *S.*, 1933-3-6, 17 janvier 1936 de Constantin, *D.H.*, 1936-211.

(47) *C.E.*, 30 novembre 1939, Arrighi.

(48) *C.E.*, 11 avril 1930 Les Grands Moulins Seigle 448, 12 juillet 1933 Legeais *S.*, 1939-3-119, 17 janvier 1936 de Constantin précité.

(49) *C.E.*, 6 avril 1927 Rosnoblet 452, 28 octobre 1932 Laffite 882, 20 mai 1931 Decreus 550, 29 janvier 1932 Jausola *R.D.P.*, 1933-259. Concl. Latournerie, 2 novembre 1938 Toeron 818.

(50) *C.E.*, 16 janvier 1924, François 52, 23 février 1927 Hebray de Pouzols 250, 27 juin 1928, Bezian, 802.

(51) Conclusions à propos arrêt Jacquin. *C.E.*, 30 novembre 1906, p. 262.

chose sous le régime de Vichy (52) et de telles pratiques ont, de tout temps, existé en régime démocratique : nominations par le Gouvernement seul des Préfets, Recteurs des Universités, des dirigeants de la Caisse des Dépôts et Consignations, ou choix opéré à la fois par l'autorité de tutelle et les corps autonomes (membres des Commissions administratives des hospices et Bureaux de bienfaisance).

Le pouvoir disciplinaire des autorités de tutelle sur le personnel des collectivités décentralisées, n'est pas un corollaire du pouvoir de nomination, qui est exceptionnel, mais constitue le moyen le plus apte à maintenir ce personnel dans la ligne de ses obligations légales, tant dans l'intérêt des autorités, que dans celui des particuliers (53).

Mais il est impossible de forcer l'autorité de tutelle à choisir ce personnel ou à le frapper disciplinairement. Cela ne tient pas, d'ailleurs, à un pouvoir discrétionnaire propre de l'autorité de tutelle, mais aux principes généraux du droit public français, qui réservent à l'Administration le droit de choisir ses fonctionnaires (54) et de réprimer leurs manquements à la discipline (55).

Par contre, les problèmes spéciaux à l'action tutélaire se retrouvent quand on considère le contrôle sur les actes des collectivités décentralisées.

Ici, nous ne nous trouvons pas en présence d'une règlementation unique ou d'un principe directeur analogue au pouvoir hiérarchique. Si bien que l'on peut affirmer qu'il n'y a pas de pouvoir général de tutelle, mais des pouvoirs de tutelles, organisés différemment, suivant les buts auxquels ils tendent et les autorités sur lesquelles ils portent.

De cette organisation très diffuse de la tutelle administrative, il résulte que les administrés ne peuvent mettre en mouvement les autorités de tutelle que s'il leur est demandé de statuer sur la validité d'un acte des corps autonomes et non d'agir sur celui-ci. Ou du moins d'agir à sa place, puisque le pouvoir sur les actes ne comporte pas, en matière de tutelle, de pouvoir d'instruction. Le pouvoir de substitution est par ailleurs assez rare, de même que le pouvoir de réformation. C'est en effet, surtout par les autorisations et approbations préalables, les suspensions et annulations que s'exerce le contrôle des autorités de tutelle. Celui-ci qui, en principe, ne peut être mis en mouvement que d'office par l'autorité de contrôle, peut, en certaines hypothèses, l'être sur la demande des particuliers lorsqu'une disposition spéciale prévoit cette possibilité de recours (56).

Or, nous allons voir que ce contrôle ne peut être ainsi provoqué que lorsqu'il est demandé à l'autorité de tutelle d'annuler un acte, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit d'un contrôle de la légalité. Par contre, les autorités de tutelle possèdent un pouvoir discrétionnaire total pour apprécier l'opportunité ou l'inopportunité

---

(52) Cf. Bonnard : « Précis de droit administratif », 4me édition, p. 322 et sa distinction entre « la décentralisation démocratique et la décentralisation autoritaire ».

(53) Par ex : art. 6, L. 5 avril 1884 ; suspension et dissolution de Conseils municipaux, art. 86, Loi 5 avril 1884 : démission d'office de Conseillers municipaux, suspension et révocation des Maires.

(54) V. *infra*, p. 242.

(55) *C.E.*, 9 avril 1886 Duvignau 314, 22 janvier 1886 Castex 51, concl. Marguerite : La demande au Ministre de l'Intérieur de dissoudre un Conseil Municipal est contentieusement irrecevable. V. *infra*, p. 463 et s.

(56) Cf. Bonnard, *op. cit.*, p. 323.

de l'abstention du corps autonome : elles sont tout à fait libres de faire ou non pression sur les collectivités qu'elles contrôlent (57).

L'article 67 de la loi du 5 avril 1884 permet aux administrés d'attaquer les délibérations des Conseils Municipaux devant les Préfets, afin d'en demander l'annulation dans les cas prévus par les articles 63-65 (nullité de droit) et 64-66 (annulabilité) de la loi municipale. Le recours contre les délibérations nulles de droit n'est enfermé dans aucun délai, alors qu'il doit être formé dans les quinze jours de la délibération, s'il s'agit d'une délibération simplement annulable.

Mais, sauf cette particularité, les mêmes règles sont applicables, qu'il s'agisse de recours en annulation d'une délibération nulle de droit, ou de recours en annulation d'une délibération annulable.

La principale règle consiste en ceci, que les administrés sont obligés de porter ces recours devant le Préfet et que le Conseil d'Etat est incompétent pour juger omisso médio. Cela, même si la délibération incriminée a déjà fait l'objet d'une décision préalable (58), si le recours est intenté contre la décision (59), si le recours est intenté contre l'acte d'exécution d'une délibération (60). Il est à noter que cette procédure spéciale doit être employée lorsque la délibération vise un fonctionnaire communal, malgré l'extension de compétence des Conseils de Préfecture aux litiges d'ordre individuel entre les Communes et leurs fonctionnaires (61). Toutefois, le recours préalable au Préfet n'est imposé qu'aux recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat, et non au recours de plein contentieux (62) ainsi qu'aux recours devant tout autre juridiction (63).

Aux dires du doyen Bonnard (64), l'article 67 de la loi municipale établit un recours administratif préalable, destiné à mettre en mouvement l'exercice du contrôle administratif. Pour M. Waline (65) qui reconnaît que le recours au Préfet n'est pas juridictionnel, puisque la décision du Préfet est susceptible de recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat, il est non moins certain que le Préfet n'agit pas dans ses pouvoirs de tutelle. Mais, on ne voit pas alors à quel titre il agit. Car, s'il est évident qu'il n'accomplit pas de fonctions juridictionnelles (la loi du 13 juillet 1900 étant applicable lorsqu'il oppose le silence au recours des administrés), il ne peut donc accomplir que des fonctions administratives. Vis-à-vis des Conseils municipaux, le Préfet n'est pas un supérieur hiérarchique ; que peut-il être d'autre qu'une autorité de tutelle ?

Le procédé de recours administratif préalable est assurément exceptionnel. Il semble que l'on puisse en trouver un autre exemple, dans le recours établi par l'article 36 de la loi du 5 avril 1884, par lequel il est possible aux administrés de deman-

---

(57) Lorsque l'acte de contrôle est un acte législatif, il est évident qu'il n'appartient qu'au gouvernement de mettre en mouvement un tel contrôle : *C.E.*, 22 avril 1858 Coquelin 321 et note.
(58) *C.E.* 1er juin 1932 Bougnas 527.
(59) *C.E.*, 24 mars 1922 Massonié 262, 19 octobre 1934 Cloche 934.
(60) *C.E.*, 26 Mat. 1930, Robis 560.
(61) *C.E.*, 29 avril 1936. Covy, D. 1939-3-35, n. Waline.
(62) *C.E.*, 3 novembre 1926. Posté 922.
(63) *C.E.*, 16 janvier 1931 Favalelli 59.
(64) *Op. cit.* p. 394, p. 401.
(65) *Manuel élémentaire de droit administratif*, 3me édit., p. 189.

der au Préfet de prononcer la démission d'office (non pas à titre disciplinaire) des conseillers municipaux inéligibles. Cet article a, en effet, toujours été interprété comme autorisant les électeurs à se pourvoir devant le juge contre la décision du Préfet refusant de prononcer cette démission d'office (66).

Pareil recours n'est pas prévu en ce qui concerne les délibérations du Conseil Général, contre lesquelles l'article 47 de la loi du 10 août 1876 permet au seul Préfet de faire un recours devant le Président de la République, qui statue par décret en Conseil d'Etat. Le silence du Président, prolongé pendant six semaines, équivaut au rejet du recours, et cette décision implicite de rejet est susceptible de recours pour excès de pouvoir.

Ce recours étant réservé au Préfet, les administrés ont donc la possibilité d'intenter le recours pour excès de pouvoir ordinaire, directement contre la délibération du Conseil général.

Ceci, peut-on affirmer, est la règle générale en matière de recours en annulation contre les décisions des collectivités décentralisées : mais les administrés ne cherchent pas alors à mettre en mouvement le contrôle de tutelle.

Si cette possibilité a pu être accordée, c'est que la décision préfectorale est seulement susceptible d'aboutir à l'annulation de la délibération. Le Préfet ne peut, en effet, enjoindre au Conseil Municipal de délibérer : son rôle n'est que répressif et non pas impulsif; il doit toujours statuer sur une requête en déclaration de nullité d'une délibération d'un Conseil Municipal (67), mais à la condition que cette requête ne vise pas autre chose qu'une annulation (68).

Le refus par une autorité de tutelle d'autoriser, d'approuver (69) ou d'homologuer un acte ou décision de l'autorité qu'elle contrôle, est insusceptible de recours contentieux s'il est fondé sur des motifs d'opportunité (70). Ce refus n'est critiquable que s'il a été prononcé en violation de formalités essentielles préalables (71) ou s'il révèle un détournement de pouvoir (72) ou une atteinte à l'autorité de la chose jugée (73). Mais, l'annulation de ce refus ne met pas à la charge du pouvoir de tutelle l'obligation de donner autorisation ou approbation.

La loi accorde parfois à l'autorité de tutelle la possibilité

---

(66) *C.E.*, 6 novembre 1931 Busnel, *D.*, 1932-3-9, n. Appleton. On peut aussi citer comme recours administratifs mettant en mouvement le contrôle de tutelle, le recours devant le Préfet donné par l'article 60 de la loi des 14-22 décembre 1789 aux particuliers lésés par un acte du corps municipal : v. sur ce point *C.E.*, 2 mai 1890 Moinet 435. Concl. Le Vavasseur de Précourt, 14 juin 1901 Doinel 532.

(67) *C.E.*, 27 juin 1919, Rontaix 564.

(68) *C.E.*, 3 mars 1937, Petat 274.

(69) Il faut cependant noter que si le Préfet ou le Sous-Préfet saisi à fin d'approbation d'une délibération du Conseil Municipal n'a pas fait connaître sa décision dans le délai de 40 jours à dater du dépôt de la délibération, celle-ci doit être considérée comme approuvée (art. 69, L. 5 avril 1884 modifié par art. 15 D. 5 novembre 1926), cf. *C.E.*, 20 juin 1930 commune de Larochepot S. 1930-3-109.

(70) C.E., 31 mai 1895 Roche 468, 19 mai 1843 Dame Mara 201, cf. Beguin « des actes des autorités administratives qui échappent au recours pour excès de pouvoir », *Thèse Paris*, 1911.

(71) *C.E.*, 3 mars 1905 Chassaing 224.

(72) *C.E.*, 10 mars 1911 Commune de Boujailles, *S.*, 1912-3-41 n. Hauriou.

(73) *C.E.*, 8 août 1919 abbé Toesca 740 : annulation du refus préfectoral d'approbation d'une délibération d'un conseil municipal, motif pris de ce qu'il violait la chose jugée, la délibération ayant été prise afin d'exécuter la décision d'un juge de paix.

d'agir à la place de l'organe décentralisé (74). C'est là le procédé de substitution d'action.

Il lui permet de sanctionner ainsi les abstentions illégales. Le Préfet peut, à ce titre, établir le budget d'une Commune, si le Conseil Municipal ne l'a pas votée en temps voulu (art. 150, L. 1884, mod. par art. 33, d. 28 août 1937).

L'article 99 de la loi de 1884 autorise encore le Préfet, sous certaines conditions, à faire les règlements de police municipale à la place des Maires.

Par son pouvoir de substitution, l'autorité de tutelle peut donc pallier l'inertie des organes sous contrôle . Mais les particuliers peuvent-ils exiger que cette substitution soit opérée, lorsque l'abstention de l'autorité contrôlée leur porte préjudice ?

Certainement non, dans le cas des articles 99 et 150 de la loi de 1884. Par application des principes que nous avons déjà exposés, qui n'autorisent pas les simples particuliers à exiger l'accomplissement d'un acte juridique de portée générale.

Il en est autrement en matière de refus de permission de voirie, car il s'agit alors d'un refus individuel. Mais encore faut-il que le refus du Maire n'ait pas été justifié par l'intérêt général.

Chaque fois que la substitution d'aciton implique essentiellement une appréciation de l'opportunité de l'intervention de l'autorité de tutelle, celle-ci doit jouir d'un pouvoir discrétionnaire.

Aux termes de l'article 152 de la loi de 1884, le Préfet peut, après mise en demeure du Maire, restée sans résultat, ordonner les paiements que doit faire la Commune. Mais sur ce point, rien ne l'oblige selon nous, à déférer aux demandes des créanciers de la Commune.

Cela ne fait, à aucun doute, lorsqu'on examine la jurisprudence relative aux diverses « voies d'exécution » dont dispose l'autorité de tutelle pour contraindre les collectivités décentralisées qui se dérobent à certains de leurs devoirs.

« Voies d'exécution » est d'ailleurs un terme impropre, car en droit privé, les voies d'exécution sont utilisées par les créanciers eux-mêmes, alors qu'en droit public, elles le sont par l'autorité de tutelle. Mais ce terme contient cependant une idée juste ; les mesures que nous allons maintenant étudier ont, en effet, pour but d'obliger les collectivités décentralisées à effectuer certaines dépenses en vue de subvenir à des obligations légales. Par l'inscription d'office, le mandatement d'office. l'aliénation forcée des biens du domaine privé des communes, l'emprunt ou l'imposition d'office, les autorités de tutelle peuvent contraindre les collectivités décentralisées à payer leurs dettes.

Parmi les nombreuses dépenses obligatoires (75) mises à leur charge pour subvenir à la mise en train et à l'entretien de services non gérés par l'Etat, mais présentant un caractère d'utilité géné-

---

(74) Ce procédé n'est d'ailleurs utilisable que dans les cas autorisés par la loi cf. *C.E.*, 14 février 1945 Besson, 32, 6 janvier 1947 Marcille, *S.*, 1947-3-97 n. Liet-Veaux.

(75) Sur les dépenses obligatoires des Communes, v. Pradal : « Notion de dépenses obligatoires dans les budgets communaux et départementaux », *Thèse Montpellier*, 1928, p. 35 et s. Lainville : « Le Budget communal », 4me édit., p. 92 et s. Bigard : « Le principe de l'inscription d'office dans les budgets communaux », *Thèse Paris*, 1904 (historique : p. 17 à 241, loi de 1884 : p. 247 à 326). Sur les dépenses obligatoires des départements, Pradal, *op. cit.*, p. 129 et s.

rale, il se trouve celles afférentes aux dettes de ces collectivités envers les particuliers. Ces derniers ont donc intérêt à provoquer l'action de l'autorité de tutelle lorsqu'il n'est pas répondu à leurs demandes en paiement : l'inscription d'office aboutira à inscrire au budget un crédit suffisant pour remplir de ses droits le créancier impayé, l'imposition d'office à couvrir ce crédit si le corps autonome se refuse à le faire, le mandatement d'office à suppléer l'ordonnateur qui ne veut pas effectuer cette opération, l'aliénation forcée enfin, sera la dernière et brutale mesure destinée à trouver les fonds nécessaires que l'autorité en tutelle se refuse à extraire de ses ressources normales.

Or, tous ces pouvoirs que nous venons d'énumérer sont à la discrétion de l'autorité de tutelle. Elle seule est juge de la solvabilité des corps autonomes, de leurs possibilités de paiement.

« Il appartient au Préfet », dit le Conseil d'Etat, « d'apprécier, selon les circonstances, si et à quelle époque, il doit user à l'égard des Communes intéressées, du droit qui lui est conféré par l'article 149 de la loi du 5 avril 1884 (inscription d'office) et cette appréciation n'est pas susceptible d'être discutée devant le Conseil d'Etat (76).

La même solution est adoptée en ce qui concerne le refus d'imposer d'office une Commune (77) ou d'ordonner la vente des biens, meubles ou immeubles, faisant partie de son domaine privé (78).

Il n'est de contrôle juridictionnel possible que lorsque la loi fait une obligation à l'autorité de tutelle de procéder à l'inscription d'office (79) ou lorsque le refus est fondé sur une erreur de droit : il en est ainsi quand l'autorité prétend, à tort, que la créance n'était ni liquide ni exigible (80) ou bien qu'elle n'était pas compétente pour procéder à pareille opération, alors que cependant, la loi (81) ou « l'exercice des pouvoirs généraux de tutelle » l'obligeaient à statuer sur ces demandes (82).

Il semble bien que l'on est alors autorisé à conclure que la mise en mouvement des pouvoirs hiérarchiques et de tutelle relève, en principe, du pouvoir discrétionnaire de l'Administration. Certes, il est possible d'incriminer la faute d'abstenitons des autorités de contrôle : mais celle-ci résulte en général d'un manquement à une obligation de diligence et non du refus (ou de la

---

(76) *C.E.*, 14 juin 1837 Woirhaye 241 (en matière départementale), 5 septembre 1840 Decheppe 384, 15 janvier 1875 Larralde 49, 1er mai 1885 Consistoire de Fabrique des Eglises d'Aix 456, 17 avril 1885 Consistoire de l'Eglise Réformée de Nîmes 407, 26 juin 1908 Daraux 688, 2 février 1906 Javelle 92 ; 4 mai 1906 Soc. de Gymnastique l'Hirsonnaise 369 ; 1er mars 1939 Cordier 128 (Le Préfet désirait ne procéder à l'inscription d'office que du solde demeurant après compensation), 24 mars 1943 Association Syndicale des dessécheurs 78.

(77) *C.E.*, 29 mars 1853 Guiraud 393.

(78) *C.E.*, 26 mai 1937 Schlumberger 518, cf. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, T. 1, p. 354.

(79) L. 5 avril 1911 art. 1° oblige le Préfet à procéder à l'inscription d'office des dettes exigibles sur le budget des Associations syndicales autorisées : *C.E.*, 20 mai 1920 Pargadis 518 Concl. Corneille, 26 juillet 1926 Veuve Mehl, 745.

(80) *C.E.*, 24 juin 1910 Pille 500, 17 mai 1918 Chabory 476.

(81) *C.E.*, 4 février 1921 Sembat 142.

(82) *C.E.*, 1er avril 1938 Soc. Hôtel d'Albe 341. Remarquons que cet arrêt admet l'existence d'un pouvoir général d'inscription d'office en l'absence de tout texte, alors qu'il en est tout différemment en matière de substitution d'action, mesure bien plus attentatoire à la liberté des collectivités décentralisées.

négligence) d'accomplir un acte précis, prévu par la loi et les règlements. Il n'appartient qu'à l'autorité de tutelle et au supérieur hiérarchique à la fois libres et responsables, de décider s'ils doivent opérer une pression quelconque sur les autorités qu'ils contrôlent. S'agissant ici, le plus souvent, de rapports hiérarchiques des autorités et non plus de rapports normatifs, il est impossible aux administrés d'exiger qu'ils soient mis en mouvement.

SECTION 2. — L'INEXECUTION PAR LES AUTORITES SUBORDONNEES OU CONTROLEES DES DECISIONS DES AUTORITES HIERARCHIQUES OU DE TUTELLE

A première vue, il ne semble pas que ce problème puisse se poser à l'occasion de l'exercice de la tutelle administrative. En effet, les pouvoirs de tutelle ne comportent pas des pouvoirs d'injonction, mais seulement d'approbation, d'annulation de suspension et de substitution. Lorsque l'autorité de tutelle se substitue à l'autorité qu'elles contrôle, il ne peut être question, évidemment, pour cette dernière, d'avoir ou non à lui désobéir.

Dans les autres cas, il parait bien que la règle soit la liberté d'action des corps autonomes. Un Conseil Municipal a le droit de revenir sur une délibération cependant approuvée, et le Préfet, dont le seul rôle est de donner ou de refuser son approbation, commet un excès de pouvoir s'il prescrit au Maire de prendre les mesures nécessaires à l'exécution de la première délibération (83). Par contre, la collectivité décentralisée est en faute, lorsque son inaction porte atteinte aux droits acquis des tiers : c'est ainsi qu'un Préfet peut procéder à bon droit à l'inscription d'office d'une dépense prévue par un budget communal régulièrement voté et approuvé, lorsque cette dépense a déjà été acquittée pour partie et que le Maire se refuse à en mandater le reliquat (84).

La meilleure preuve de la liberté des corps autonomes, réside dans la possibilité reconnue non seulement à ces collectivités, mais aussi à leurs organes de recourir contre les actes de contrôle administratif dont leurs propres actes ont été l'objet (85).

Toutefois, il est possible de se trouver en présence d'un conflit entre les autorités décentralisées et les autorités de tutelle. En effet, les premières, au lieu de recourir contre les actes de contrôle, peuvent, purement et simplement, passer outre : exécuter par exemple une délibération annulée ou non approuvée. Il y a bel et bien là un acte d'insoumission qui peut être comparé à la désobéissance hiérarchique. Aussi, les solutions fournies pour ce dernier problème, doivent-elles être valables en matière de tutelle.

---

(83) *C.E.*, 3 décembre 1864 Commune d'Ornon 950, 12 novembre 1880 Conseil de Fabrique de Saint-Lizaigne 813, 17 mai 1901 Commune des Herbiers 469, 19 juillet 1901 Mauzuize 656, 14 février 1902 Blonbail 117, 3 mars 1905 Dame Chassaing 223. Cf. Bezin : « Des autorisations et approbations en matière de tutelle administrative », *Thèse Toulouse*, 1906, p. 348 et s. (autorisation d'acceptation des libéralités).

(84) *C.E.*, 22 juin 1888 Ville de Biarritz 543, 24 juillet 1896 Ville de Narbonne 660.

(85) *C.E.*, 6 décembre 1898 Conseil Municipal de St-Léger 776, 4 mai 1908 Conseil Général de la Loire-Inférieure 370, 27 mai 1921 Tieulon 514, 30 décembre 1927 Bertoye 1300.

Les auteurs ont surtout étudié le problème de l'obéissance hiérarchique en l'envisageant sous l'angle des conséquences de l'obéissance à un ordre illégal sur la responsabilité personnelle des fonctionnaires. Nous l'envisagerons quant à nous, d'un autre point de vue : nous allons, en effet, chercher à savoir si la désobéissance à un ordre légal ou illégal est constitutive d'une faute de service ou d'une faute personnelle (86).

Si l'on en croit Duguit, le problème de la désobéissance à un ordre hiérarchique ne se pose pas. Car, selon lui, la subordination des agents est seulement une subordination à la loi : « L'obligation des agents ne résulte point d'un ordre véritablement à eux donné par les gouvernants, mais bien de ce que nous pouvons appeler le jeu normal du devoir et du pouvoir objectif (87)... Il suffit de comprendre que la règle de droit, prise en elle-même, avant même qu'elle soit formulée dans une loi positive, oblige les gouvernants et les agents à réaliser le droit d'une manière générale. Cette obligation antérieure à toute législation positive se traduit dans l'obligation pour les gouvernants de formuler des lois constructives, et dans l'obligation pour les agents de s'y conformer rigoureusement » (88). En conséquence, l'ordre hiérarchique proprement dit ne lie pas juridiquement l'agent : il est un simple acte de fait ne donnant ouverture qu'à une action disciplinaire et il est insusceptible d'être débattu contentieusement. L'obligation pour l'inférieur de respecter l'ordre supérieur, n'est que l'obligation de respecter la compétence de ce dernier : ce n'est là qu'une forme d'obéissance à la loi qui règle sa compétence (89) « La seule obligation de l'agent est de se conformer à la loi de sa fonction » (90). M. Jèze a tiré la conclusion de cette théorie, en disant que la responsabilité personnelle du fonctionnaire devait être appréciée comme s'il avait agi spontanément (91).

Mais cela aboutit à mettre hors du droit les ordres et instructions hiérarchiques, ce qui est contraire à la nature des choses et au droit positif français. Car, l'ordre hiérarchique est nécessité par l'exécution des lois, le législateur n'ayant pu prévoir tous les détails d'exécution. Et il est faux de penser que les instructions sont sans valeur juridique : si elles présentent certains caractères, les tribunaux en tiennent compte.

Aussi la doctrine, dans sa quasi unanimité, admet que l'ordre hiérarchique fait partie de l'ordre juridique. Cependant les conceptions doctrinales sont quelque peu divergentes.

Pour Carré de Malberg (92), Perreau (93), et Nezard (94), le pouvoir hiérarchique vient de la compétence d'exécution de la loi. L'ordre se rattache donc toujours à quelque loi, servant ainsi à son exécution, en imprimant à l'Administration une unité d'action et de direction. Le fonctionnaire doit donc toujours obéissance à l'ordre hiérarchique, sauf s'il est franchement illégal, auquel cas, non seulement il peut, mais il doit désobéir.

---

(86) Le devoir d'obéissance ne s'impose, bien entendu pas aux magistrats (cf. le principe « la plume est serve, mais la parole est libre » applicable aux magistrats du Ministère Public), mais uniquement aux fonctionnaires intégrés dans la hiérarchie administrative.

(87) *L'Etat, les gouvernants et les agents*, p. 435.

(88) *Op. cit.*, p. 437.

(89) *Op. cit.*, p. 604-607.

(90) *Op. cit.*, p. 627.

(91) *Le fonctionnement des services administratifs*, p. 78.

(92) Contribution à la théorie générale de l'Etat, p. 521-523.

(93) N. au S., 1896-1-4.

Mas ces auteurs distinguent entre les fonctionnaires d'autorité qui auraient un choix très grand de moyens d'exécution et dont la responsabilité personnelle pourrait, de ce fait, être largement mise en cause, et les fonctionnaires de gestion dont les actes se confondraient avec ceux de leurs supérieurs. Il semble préférable et plus sûr d'adopter la théorie du doyen Hauriou, qui n'opère pas cette distinction, dont la jurisprudence ne tient pas compte.

Selon le doyen Hauriou, le devoir d'obéissance hiérarchique découle de la nature des choses (95). L'agent subalterne ne peut discuter les ordres qui lui sont donnés, en vertu, non de sa subordination à la loi, mais de sa subordination à son supérieur hiérarchique. La jurisprudence applique stictement ce principe : au contraire de ce qui se passe en matière de tutelle, le fonctionnaire intégré dans l'ordre hiérarchique n'a pas qualité pour attaquer par la voie du recours pour excès de pouvoir, les ordres et instructions du supérieur hiérarchique intéessant l'exécution du service qu'il est chargé d'assurer (96). Il n'y a d'exception que pour les ordres et instructions susceptibles de porter atteinte à la situation de carrière du fonctionnaire (97).

Tout le problème reste alors de savoir si la désobéissance à un ordre hiérarchique peut être contrôlée par le juge, dans quelle mesure, par conséquent, un administé peut se pévaloir d'un pareil ordre pour exercer un recours contentieux. Il fut un temps où il n'était pas discuté que le principe d'autorité était à la base de toute organisation administrative (98). A l'heure actuelle, le mouvement syndicaliste dans le monde des fonctionnaires tend, non plus seulement à exiger la soumission à la seule loi, mais aussi à la disparition même du pouvoir hiérarchique, le service public devant être pris en charge par l'ensemble des intéressés au premier rang desquels viennent, naturellement, les agents administratifs (99).

Toutefois, on ne peut dire que les thèses syndicalistes l'aient emporté (100). La loi du 14 septembre 1941 avait, en effet, réagi très nettement contre elles. C'est ainsi que dans son article 13, elle stipulait : « Les fonctionnaires, à tous les rangs de la hiérarchie, sont soumis à une discipline fondée sur l'autorité des chefs, l'obéissance et la fidélité des subordonnés. La discipline se manifeste par une soumission constante aux lois, décrets et règlements en vigueur et par *l'obéissance des subordonnés aux ordres de leurs supérieurs*, dans l'exercice de leur autorité. Cette obéissance doit être *entière*. Toutefois, dans le cas où l'ordre reçu leur apparaît entaché d'irrégularité où s'ils estiment que son exécution pourrait entraîner des inconvénients graves, les subordonnés *doivent*

(94) Théorie juridique de la fonction publique, *Thèse Paris*, 1903.

(95) *Précis de Droit Administratif*, édit. 1927, p. 50. *Principe de Droit Public*, 2me édit. 1916, p. 804.

(96) *C.E.*, 8 mars 1944 Veuve Cirindini 80. Cf. en matière de recours des militaires : *C.E.*, 26 janvier 1897 Ferret 159, 3 avril 1914 Digard 441, 18 avril 1918 Voltine 908, 8 août 1921 Barc 815, 27 février 1929 Terme 523, 25 juillet 1931 Lemarchand 872.

(97) Cf. Waline : « Manuel élémentaire de Droit Administratif », 3me édit. p. 105.

(98) Hugot-Derville : « Le principe hiérarchique dans l'Administration française », *Thèse Paris*, 1913, p. 32. Cf. Vivien : « Etudes administratives », p. 135.

(99) Cf. Rivero : « Vers la fin du droit de la fonction publique », *D.*, 1947 Chr. 150.

(100) Cf. Gaudemet : « Le déclin de l'autorité hiérarchique ». *D.*, 1947, Chr. 137.

exprimer leur manière de voir à leurs supérieurs. *Si l'ordre donné est maintenu, il doit être exécuté* ».

Ce texte est annulé. Mais l'actuel statut des fonctionnaires, s'il répudie par son silence cette conception qualifiée d'autoritaire (qui est cependant, à quelque chose près, celle du Conseil d'Etat), n'en fait pas moins allusion au principe hiérarchique, dans son article 48, qui prévoit l'organisation hiérarchique des cadres des Services publics.

Toutefois, il est un point commun à ces deux statuts. Ni l'un ni l'autre, en effet, ne précisent les effets à l'égard des tiers de la désobéissance hiérarchique. Est-elle constitutive d'une faute personnelle, d'une faute de service ou d'une faute disciplinaire ?

Pour répondre à cette question, il faut consulter la jurisprudence qui fournit seule les bases du droit positif en la matière.

Les tribunaux administratifs posent d'abord en principe que les circulaires et instructions qui ne sont pas des ordres collectifs ou individuels des supérieurs aux subordonnés n'intéressent pas le public, qui, le plus souvent, les ignore. Les administrés ne peuvent donc se prévaloir de pareils ordres qui ne leur sont pas opposables en tant qu'ils ne constituent pas des prescriptions règlementaires (101). Ceci signifie-t-il que la désobéissance à un ordre qui n'a pas de valeur règlementaire ne peut aboutir qu'à une faute de service ou à une faute disciplinaire, mais, en aucun cas, à une faute personnelle du fonctionnaire ?

Pour certains auteurs, la désobéissance à de tels ordres ne peut être frappée que disciplinairement (102). Mais qu'il soit impossible d'agir auprès des tribunaux civils, ne veut pas dire que la désobéissance est constitutive seulement d'une faute disciplinaire et non pas d'une faute de service.

Car, cette faute de service, la jurisprudence administrative l'a souvent sanctionnée. Comme il n'appartient qu'à l'autorité administrative de déterminer en quelle qualité les agents ou employés de l'Etat ont agi, de vérifier, comme aussi d'apprécier les instructions qui ont pu leur être données, de rechercher jusqu'à quel point ils s'en seraient écartés (103), ladésobéissance à un ordre, est-il dit dans l'arrêt Tomaso-Greco (104), interdit à l'autorité judiciaire d'en apprécier la portée et les conséquences, donc, de connaître de la demande en indemnité formée contre un fonctionnaire.

On peut, d'ores et déjà, retenir ce point, que la désobéissance à un ordre non règlementaire est susceptible d'engager la responsabilité du service public. Mais il est loin d'être certain qu'elle ne puisse aussi engager la responsabilité personnelle des fonctionnaires.

En effet, dans l'affaire Tomaso-Gréco, le Tribunal des Conflits a justifié sa décision en considérant que la faute imputée à un gendarme d'avoir fait usage de son arme, contrairement à un ordre donné quelques instants auparavant par son brigadier, ne pouvait être appréciée par le Tribunal judiciaire, non seulement

---

(101) *C.E.*, 6 octobre 1944 Topin 257. *C.E.*, 29 décembre 1944 Union de la propriété bâtie de France. *S.*, 1947-3-5 n. P.H. *C.E.*, 5 janvier 1945 La Famille Capitalisation, *D.*, 1945, *S.*, 204, 25 avril 1947, This. 162.

(102) Touzet : « Les rapports hiérarchiques des agents de l'Administration Générale », *Thèse Bordeaux*, 1904, p. 36. Ricoll : « Tendance du droit disciplinaire », *Thèse Toulouse*, 1908, p. 76. Molliet : « Le pouvoir hiérarchique », *Thèse Paris*, 1909, p. 115.

(103) *T.C.*, janvier 1921 Lambert, cf. *C.* Toulouse, 21 juillet 1909. *S.*, 1911-2-282.

(104) *T.C.*, 16 novembre 1901.

parce qu'il aurait fallu mettre en cause un ordre administratif, dont le Tribunal judiciaire ne pouvait connaître, mais aussi et sutout, parce que l'acte du gendarme n'était pas un acte détachable de l'interprétation de cet ordre.

Si donc l'acte est détachable, peu importe que l'ordre auquel il a été désobéi, ait ou non le caractère règlementaire : il y aura alors faute personnelle. Mais, dans cette hypothèse seulement, et non pas automatiquement, car il ne nous paraît pas exect de dire que « l'agent qui refuse d'obéir, sort manifestement de sa fonction » (105).

S'il s'agit de la désobéissance à un ordre légal, de nature règlementaire ou pas, il y aura faute personnelle si le fonctionnaire a commis un acte détachable de l'interprétation de l'ordre (106) et une faute de service au cas contraire.

Il faut donc distinguer le plan du recours pour excès de pouvoir et celui du recours en indemnité.

Un administré n'est pas recevable à agir par la voie du recours pour excès de pouvoir contre un ordre non règlementaire, pas plus que contre le refus d'exécuter celui-ci, car il ne peut se prévaloir d'un tel ordre (107). Si, au contraire, l'ordre a une portée règlementaire, le recours est possible à la fois contre lui et contre la décision qui refuse de l'exécuter et qui, de ce fait, constitue une violation de la loi. C'est ainsi, qu'en matière de tutelle, le conflit entre autorité tutrice et corps autonome (exécution d'une délibération non approuvée ou annulée), pourra toujours être contrôlé par le juge, puisqu'il s'agit nécessairement d'un conflit entre deux actes règlementaires.

En ce qui concerne le recours en indemnité, la désobéissance hiérarchique, quelle que soit la nature de l'ordre, peut être source de responsabilité, soit à l'encontre de l'Administration, soit à l'encontre de ses agents. C'est ainsi qu'il a été vu une faute personnelle dans le fait, pour des militaires, d'avoir occasionné un accident avec une voiture de l'armée qu'ils utilisaient en contravention des ordres reçus (108). Ceux-ci n'avaient certes rien de règlementaire : or, la responsabilité de l'Etat a été écartée, alors qu'elle avait été retenue dans l'affaire Tomaso Greco où l'ordre incriminé était, lui aussi, sans portée règlementaire.

La jurisprudence fait la même distinction à propos des circulaires et instructions règlementaires. Tantôt l'inexécution de leurs dispositions est constitutive de faute de service, si elle est dûe à une simple erreur d'interprétation (109) sans aucun sentiment de malveillance à l'égard du tiers (110), ni de résistance systématique à l'autorité supérieure (111), tantôt de faute personnelle, si elle provient d'une erreur grossière (112) ou si elle a porté atteinte à une liberté individuelle (113).

La théorie de Duguit n'a donc pas triomphé : l'ordre hiérar-

---

(105) Bougrat : « L'obéissance hiérarchique », *Thèse Paris*, 1934, p. 34.
(106) V. *infra*, p. 445 et s.
(107) *C.E.*, 10 février 1943. Béziers 35.
(108) *C.E.*, 21 mars 1935 Paulidis 373, 29 juillet 1943 C° Générale Française des Tramways 216, 10 janvier 1947 Bivois.
(109) *C.E.*, 12 décembre 1934 Mazlé Amor. T.C., 9 décembre 1899 Deyres *D.*, 1900-3-91.
(110) *C.E.*, 20 novembre 1933 Trolez 1236.
(111) *C.E.*, 26 juin 1931 Chambre Syndicale des propriétaires loueurs d'autocars. *S.*, 1932-3-68.
(112) *C.*, Agen 17 juillet 1893 Banizetti, *S.*, 1897-1-183. *D.*, 18961-572.
(113) Orléans 5 juillet 1945 Clouzeau *J.C.P.* 1946-2-2939.

chique n'est pas comme tel hors du droit, puisqu'il peut l'interpréter et le compléter et, à ce titre, il est susceptible de recours contentieux. La désobéissance hiérarchique peut ainsi être sanctionnée par les tiers à qui elle a nui.

Cette force de la puissance hiérarchique, dont on trouve un exemple dans l'article 234 du Code pénal, qui considère comme un délit le refus de l'autorité militaire de déférer à une réquisition de l'autorité civile, va si loin que la jurisprudence, malgré parfois ses Commissaires du Gouvernement (114), a toujours considéré que l'agent qui refusait d'obéir à un ordre, parce qu'il le prétendait illégal, pouvait ainsi engager sa responsabilité personnelle (115). Si la jurisprudence avait fait sienne l'opinion de Duguit, il en aurait été autrement, puisque, selon le savant auteur, il ne peut y avoir de faute que par manquement à la règle de droit, ce qui exclue évidemment la faute par manquement à une prescription illégale.

La désobéissance hiérarchique est donc contrôlée par le juge. Cela est possible, car l'acte est apprécié à sa sortie de l'institution hiérarchique, alors que la mise en mouvement du pouvoir hiérarchique, est discrétionnaire parce qu'elle se produit à l'intérieur de cette institution et implique un rapport d'autorité soulevant, le plus souvent comme tel, des qusetions d'opportunité sur lesquelles le juge ne peut se prononcer.

SECTION 3. — LE DEFAUT DE TRANSMISSION DES REQUETES ENTRE AUTORITES ADMINISTRATIVES

Le grand nombre des services publics, le parallélisme de leurs opérations, la situation de certaines autorités, qui gèrent ou contrôlent plusieurs services, donnent à l'activité administrative, un caractère complexe qui empêche les administrés de discerner avec netteté, les autorités compétentes pour examiner leurs demandes.

C'est ainsi que les autorités subordonnées sont en principe chargées de transmettre les demandes aux autorités supérieures, d'instruire pour celles qui doivent statuer et prendre une décision. Or, il arrive qu'elles rejettent les demandes sans les transmettre.

Si elles ne sont qu'organes de transmission, il y a là excès de pouvoir pour incompétence (116). Mais, si elles possèdent un pouvoir propre de statuer ? Ou bien elles prennent une décision faisant grief et la voie de recours pour excès de pouvoir est ouverte sans discussion. Ou bien, elles ne prennent que des mesures d'instruction, auquel cas le recours pour excès de pouvoir s'avère alors impossible, les particuliers risquant fort, de ce fait, d'être acculés à une sorte de déni de justice.

En raison de l'iniquité de cette situation, le Conseil d'Etat a reconnu qu'il était possible, sous certaines conditions, de le saisir en pareille occasion.

Le problème paraît avoir été posé pour la pemière fois à propos de l'autorisation des établissements congréganistes. La loi du 1er juillet 1901 et le décret du 15 août 1901, stipulaient que

---

(114) Cf. Concl. Chenot. *C.E.*, 10 novembre 1944 Langneur. *D.*, 1945, 87.

(115) *C.E.*, 13 mars 1908 Commune de Boutevilliers 258. De même que l'exécution d'un ordre illégal expose le fonctionnaire à des sanctions disciplinaires ; arrêt Langneur précité. Cf. Waline *Manuel élémentaire de droit administratif*, 4me édition, p. 297.

(116) *C.E.*, 6 août 1915 de Livio 291.

les autorisations étaient accordées par décret en Conseil d'Etat, le Ministre de l'Intérieur étant chargé de recevoir les demandes. Or, il pouvait fort bien ne pas en saisir le Conseil d'Etat siégeant en tant qu'organe administratif. Par ailleurs, il n'était pas chargé de statuer définitivement à leur sujet. Le Conseil d'Etat lui reconnut cependant le droit de faire savoir qu'il ne serait pas fait suite aux demandes : il considéra que cette décision faisait grief et était susceptible de recours pour excès de pouvoirs, bien qu'elle n'émanât pas du Président de la République statuant en Conseil d'Etat :

« Considérant que pour demander l'annulation de la décision attaquée, la requérante se fonde sur ce qu'elle a été prise en violation de l'article 13 de la loi du 1er juillet 1901, d'après lequel le rejet de sa demande n'aurait pu être prononcé que par décret rendu en Conseil d'Etlt ; mais, considérant qu'il est de principe qu'en dehors d'un texte qui spécifie qu'il doit être statué le Conseil d'Etat entendu, il appartient au Gouvernement de décider quelles sont les affaires qui sont soumises à l'approbation du Conseil d'Etat ; que si aux termes de l'article 13 de la loi susvisée, aucune congrégation ne peut fonder un nouvel établissement qu'en vertu d'un décret rendu en Conseil d'Etat, cet article ne contient aucune disposition pour le cas où l'autorisation n'est pas accordée ; que même il résulte des termes de l'article 24 du règlement d'Administration publique du 16 août 1901, que le Ministre n'est pas tenu de faire procéder à l'instruction des demandes dont il est saisi ; qu'il suit de là que le Ministre de l'Intérieur, chargé de pourvoir à l'exécution de la loi, a le droit, en ce qui concerne les demandes, de faire connaître aux intéressés, par simple décision administrative, qu'il n'y sera pas donné suite et, qu'en prenan la décision attaquée, le Ministre n'a commis aucun excès de pouvoir » (117).

C'était bien admettre la possibilité pour une autorité inférieure de statuer : en l'espèce, il n'y avait pas d'excès de pouvoir dans le rejet de la demande, parce que l'autorité supérieure possédait un pouvoir discrétionnaire d'appréciation. Mais, lorsque celui-ci n'existe pas, la décision de rejet du subordonné sera annulée. Il en a été jugé ainsi à l'égard de la décision par laquelle le Ministre de la Justice rejetait une demande de réintégration dans la Légion d'honneur, après amnistie, alors que seul, le Chef de l'Etat aurait dû statuer (118) et de la décision du Grand Chancelier de la Légion d'honneur refusant de rétablir, sur les matricules de l'ordre, un officier de réserve, dont le Conseil d'Etat avait antérieurement annulé la révocation (119).

Il y a là une sanction du refus ou de l'omission de saisir l'autorité supérieure. Mais il est un autre problème qui se pose très souvent et qui ne met pas essentiellement en cause les rapports issus de la subordination hiérarchique. Il arrive, en effet, que les administrés adressent leurs demandes à des autorités incompétentes. Celles-ci doivent-elles les adresser aux autorités compétentes, sont-elles responsables de ce défaut de transmission ? Leur silence vaut-il décision implicite de rejet à l'égard des requérants ? A ces questions, désireux de maintenir son contrôle sur l'Administration, le Conseil d'Etat a répondu dans un sens favorable aux administrés.

(117) *C.E.*, 10 mars 1905 dame Marc Donvel. *R.D.P.*, 1906, p. 45 n. Jèze.
(118) *C.E.*, 1er décembre 1911 Bégnicourt 1129 concl. Coneille.
(119) *C.E.*, 4 novembre 1921 Ferré de Perroux 911.

« Le Ministre à tort saisi, a l'obligation juridique de transmettre au Ministre compétent », affirma le Commissaire du Gouvernement Latournerie dans ses conclusions sous l'arrêt Garcin (120). Il serait, en effet, abusif d'exiger des administrés, sur la répartition des services publics, des connaissances que les administrateurs eux-mêmes ne possèdent pas, les services étant rattachés aux Ministères les plus divers, au gré des combinaisons politiques, sans trop se soucier des commandements de la logique et de l'utilité. Par ailleurs, une demande, adressée à un Ministre, même incompétent, est en réalité adressée à l'Etat qui est une personne morale unique à qui se rapportent tous les services publics. Et ce qui vaut pour l'Etat vaut pour toutes les collectivités publiques. Aussi, la jurisprudence du Conseil d'Etat a-t-elle reçu une large extension dans tous les domaines.

C'est ainsi qu'il a été décidé que le silence du Ministre de la Guerre, qui cependant n'était plus chargé des services de l'Aéronautique à l'époque de la demande, devait être considéré comme une décision implicite de rejet, étant donné qu' « il appartenait au dit Ministre de transmettre la demande au Ministre de l'Air » (121) — que, si une demande d'indemnité adressée au Préfet de police par une société, relevait de la compétence du Ministre du Commerce, comme tendant à mettre en jeu la responsabilité pécuniaire de l'Etat, il appartenait cependant au Préfet de transmettre cette demande au Ministre du Commerce, ce qui devait faire considérer son silence comme une décision implicite de rejet pouvant être déférée au Conseil d'Etat (122) — que, lorsqu'une demande était adressée au Préfet en tant qu'agent de l'Etat, il se devait de la transmettre au Ministre compétent, à défaut de quoi son silence était considéré comme une décision implicite de rejet liant le contentieux (123).

Cette jurisprudence a été appliquée au défaut de transmission des demandes, au sein de toutes collectivités publiques. Lorsqu'une Assemblée délibérante devait prendre une décision sur une requête d'un administré, il pouvait arriver que celle-ci ne lui ait pas été transmise par l'autorité à qui elle avait été, par erreur, adressée (Préfet ou Maire). Le Conseil d'Etat considère que le silence de cette autorité vaut décision implicite de rejet et que l'administré peut se pourvoir devant lui, comme s'il soumettait à son examen la délibération de l'Assemblée locale (124).

Sur le plan de recours en indemnité, le défaut de transmission entre autorités, a été aussi sanctionné ; « Considérant qu'il résulte de l'instruction que le chien du sieur Malou-Dupré a été réclamé au Commissariat de police de Levallois-Perret, alors qu'il s'y trouvait encore ; qu'ainsi, l'Administration ne pouvait ignorer l'identité de l'animal, ni le nom de son propriétaire ; que ces renseignements n'ayant pas été transmis à la fourrière en même temps que l'animal, de manière à en permettre l'identification, cette omission, qui a rendu vaines les réclamations portées à la fourrière, dans les délais règlementaires, par le sieur Malou-Dupré,

---

(120) *C.E.*, 23 janvier 1931. *D.*, 1931-5-17.
(121) *C.E.*, 20 juin 1934 Epoux Lallemant 763.
(122) *C.E.*, 31 janvier 1936 Société Lustria 418.
(123) *C.E.*, 29 janvier 1937 Munier, *S.*, 1938-3-96, 30 juin 1945 C° Anonyme des Sablières de la Seine. *S.*, 1945-3-26.
(124) *C.E.*, 30 juillet 1926 Masqueret, *D.H.*, 1926-487, 26 juin 1935 Chambre Syndicale des propriétaires loueurs d'autocars 707.

constitue, de la part de l'Administration, une faute de nature à justifier l'allocation d'une indemnité au propriétaire lésé » (125).

Mais il est une limite à cette jurisprudence, qui est dûe à la nature de la demande qui est posée à l'autorité incompétente. Si cette demande n'est pas contentieuse, le Conseil n'a pas, en effet, à en connaître.

Il en est d'abord ainsi si l'autorité compétente est autorisée à répondre par une fin de non-recevoir. Auquel cas, le défaut de transmission impliqué par le silence ou le refus de l'autorité compétente, ne peut permettre, ni de lier le contentieux, ni d'engager la responsabilité de l'Administration.

Etant donné que seule, une loi peut modifier une circonscription cantonale et qu'il n'appartient qu'au Gouvernement saisi d'une demande tendant à la création d'un nouveau canton, d'apprécier s'il doit ou non y donner suite par la présentation au Parlement d'un projet de loi, le Ministre de l'Intérieur n'est en rien obligé de transmettre au Ministre de la Justice une pareille demande (126).

De même, l'exécution des traités étant un acte de Gouvernement, les administrés ne sont pas fondés à demander à l'Etat réparation du préjudice soit-disant causé par la transmission tardive d'une requête, par un Ministre incompétent au Ministre compétent, pour statuer sur l'accord au requérant des avantages qu'il prétendait devoir lui être dus, en vertu des clauses d'un traité (127). A fortiori, il en est ainsi lorsqu'on demande à une autorité administrative, non de faire droit à une requête, mais d'intervenir auprès d'une autre autorité administrative. Dans une série d'arrêts datant de 1834, le Conseil d'Etat s'est montré catégorique sur ce point (128). Des fournisseurs de l'armée Française, en Espagne, en 1810, n'avaient pas été payés par le Gouvernement Français et leurs créances, tant sur le roi Joseph que sur le Gouvernement Impérial, n'avaient été reconnues, ni par le Gouvernement Espagnol, ni par le traité franco-espagnol du 20 novembre 1815. Ils s'adressèrent alors au Ministre français des Affaires étrangères, pour le prier d'intervenir auprès du Ministre de la guerre. Sur refus de celui-ci, le Conseil d'Etat saisi, déclare « qu'il n'appartenait qu'à notre Ministre des Affaires étrangères d'apprécier s'il convenait ou non qu'il intervint auprès de notre Ministre de la Guerre, et que, la résolution qu'il a prise à cet égard, n'est pas de nature à nous être déférée par la voie contentieuse ».

C'est là l'application pure et simple du principe selon lequel, l'opportunité de l'intervention d'une autorité administrative auprès d'une autre, est insusceptible de recours contentieux. Chaque fois qu'il est demandé à une autorité, non de statuer sur un droit, mais d'intervenir ou de faire pression sur une autre, il n'y a pas de contrôle juridictionnel. Celui-ci ne peut fonctionner que lorsqu'il est posé au juge une question de droit.

---

(125) *C.E.*, 25 novembre 1921 Malou-Dupré, 975.
(126) *C.E.*, 25 mai 1928 Commune d'Asprières, 684.
(127) *C.E.*, 9 janvier 1925 Balechat. *D.*, 1925-3-65.
(128) *C.E.*, 12 décembre 1834. *R.*, p. 812.

CHAPITRE V

L'INEXECUTION PAR L'ADMINISTRATION DES DECISIONS DE JUSTICE

Nous traiterons sous ce chapitre de l'inexécution par l'autorité administrative des décisions rendues par l'autorité judiciaire, c'est-à-dire du refus de l'autorité administrative de prêter main forte à l'exécution des jugements rendus entre simples particuliers.

Par conséquent, deux aspects du problème seront volontairement laissés de côté, pour être cependant ultérieurement traités :

En premier lieu, l'inexécution des décisions de justice, quand elle est le fait des autorités judiciaires elles-mêmes (1).

En second lieu, l'inexécution par l'Administration des jugements prononcés à son encontre, car, dans cette hypothèse, l'Administration n'est pas tiers par rapport à la chose jugée. Envisagé largement le problème se confond alors avec celui des moyens de contrainte sur les autorités publiques (2).

Par contre, avec le refus de prêter main forte à l'exécution des jugements rendus entre particuliers, il ne s'agit que de l'étude des moyens de contrainte à l'égard des particuliers, de l'ultima ratio en matière de voies d'exécution.

Toutefois, uniquement envisagé sous cet angle, le problème de l'inexécution des décisions de justice ne l'est que partiellement.

Les particuliers peuvent, en effet, être aussi intéressés à l'exécution des condamnations pénales. Il arrive parfois que l'autorité administrative qui est chargée de l'exécution des peines, faillit à sa tâche. Mais, le plus souvent, il ne s'agit pas de carence : l'Administration, en effet, peut gracier, opérer des remises ou des transformations de peine. Cela intéresse le condamné, comme sa victime, de savoir s'ils ont des droits sur l'exécution des peines. Mais les solutions qui sont valables pour l'exécution des litiges privés ne le sont plus du point de vue pénal : car le châtiment n'est pas dû à la victime, étant avant tout une mesure sociale et non une forme règlementée de vengeance privée. Le pouvoir discrétionnaire de l'Administration sur l'exécution des peines, exige donc que nous traitions sous deux rubriques différentes :

1° L'inexécution des décisions des juridictions civiles ;

2° L'inexécution des peines prononcées par les juridictions répressives.

---

(1) V. *infra*, p. 342, p. 369.
(2) V. *infra*, p. 375 et s.

SECTION 1. — L'INEXECUTION DES DECISIONS DES JURIDICTIONS CIVILES

SOUS-SECTION 1. — POSITION DU PROBLÈME

L'individu qui bénéficie d'une décision de justice passée en force de chose jugée, dispose d'un assez grand nombre de voies de droit pour aboutir, si besoin est, à matérialiser cette décision. Si la contrainte par corps est aujourd'hui inutilisable en matière civile et commerciale, les diverses saisies permettent une efficace réalisation des droits reconnus en justice. En outre, le juge des référés étant compétent à l'égard des litiges susceptibles de s'élever à l'occasion de l'exécution des décisions de justice (3), il est donc offert aux justiciables un système procédural assez complet, et qui, en principe, doit leur donner satisfaction.

Pratiquement, il est loin d'en être ainsi. Le débiteur condamné en justice, peut fort bien s'opposer par la force à l'exécution de la décision qui lui a donné tort. Certes, pareille opposition est pénalement sanctionnée : mais l'éventualité d'une condamnation, pénale cette fois, ne brisera pas sûrement une résistance délibérée. Aussi, l'huissier poursuivant s'adressera-t-il aux autorités pour leur demander l'appui de la force publique.

L'huissier est évidemment responsable, au premier chef, de l'inexécution du mandat qui lui a été confié. Mais en fait, cette responsabilité ne sera que fort rarement mise en jeu. Il en est en effet très facile à l'huissier de prouver que son inaction est due à un ordre du Parquet de ne pas exécuter une décision de justice. La responsabilité du Ministère public, ne pouvant être établie que par la voie de la procédure de la prise à partie, il en résulte que la responsabilité de l'huissier qui ne fait qu'en dériver n'est donc pas flagrante (4).

Depuis 1930-34 environ, le Parquet s'oppose, de façon assez systématique, à l'exécution des décisions de justice. Nous n'avons pas à examiner ici les conditions de sa responsabilité (5).

Il nous suffit de dire que son attitude lui a été dictée par de nombreuses circulaires du Garde des Sceaux, analogues à celles adressées par le Ministre de l'Intérieur aux Préfets. Car, depuis de trop nombreuses années, il s'est dessiné un mouvement très général qui tend à refuser le bénéfice de l'exécution forcée «manu militari » des décisions de justice, aux justiciables qui se prévalent cependant d'une décision passée en force de chose jugée.

La procédure de l'exécution manu militari a été, de ce fait, totalement transformée. Si l'on peut discuter sur le droit de l'huissier de requérir directement la force publique (6), on ne peut nier qu'il a le droit de n'y pas faire appel s'il n'est pas fait obstacle à l'exécution de sa mission. Or, les circulaires relatives aux pouvoirs des Préfets en la matière, sont conçues dans un tel esprit et dans une telle forme, que la pratique des huissiers

---

(3) Une jurisprudence récente tend à reconnaître au juge des référés le pouvoir d'assurer l'exécution des décisions de justice par le prononcé d'une astreinte : Trib. cv. Amiens (référés) 17 juillet 1947. *D.* 1948, *J.* 144 n. Ch. Laurent, v. *infra*, p.

(4) Colmar, 2 mars 1938, *S.*, 1938-2-229.

(5) V. *infra*, p. 369 et s.

(6) Cf. Martignat : « La force publique et l'exécution des jugements », *Thèse Strasbourg-Clermont-Ferrand*, 1944, p. 12. Poucel : « L'abstention et le retard de l'autorité publique dans l'exécution des jugements des tribunaux judiciaires », *Thèse Aix*, 1943, p. 56.

est, à l'heure actuelle, bien établie de demander aux Préfectures, non seulement l'aide de la force publique, mais surtout une autorisation préalable d'exécution.

Les circulaires conseillent d'accorder des mesures de clémence à certaines catégories (7) de débiteurs condamnés en justice, catégories variables suivant les époques et les majorités politiques. Si certaines, comme la circulaire du Ministre de l'Intérieur, en date du 20 janvier 1947, rappellent que l'inexécution des décisions de justice doit être exceptionnelle, elles maintiennent cependant la porte ouverte aux abus, en stipulant que l'Administration peut opposer un refus d'exécution, non seulement en raison de troubles sérieux, ce qui est tout à fait normal, mais encore pour « raison d'humanité ». Terme vague qui autorise toutes les interprétations et tous les refus possibles. Certes, la circulaire Depreux, du 20 janvier 1947, demande que des mesures de fermeté soient prises en matière d'expulsion des locataires, de ne pas céder aux recommandations de personnalités politiques, de faire exécuter les décisions de justice dans des délais brefs et de prendre toute mesure pour parer à des troubles éventuels de l'ordre public, enfin, de reconsidérer les affaires pour lesquelles on a refusé le concours de la force publique (8). Mais une circulaire du 4 juin 1947 recommande la bienveillanceà l'égard des locataires sinistrés. On a vu des Préfets écrire au Ministre de l'Intérieur afin qu'il intervienne auprès du Garde des Sceaux, pour que celui-ci fasse savoir aux juges de n'avoir à accorder qu'exceptionnellement des expulsions de locataires ! Il n'est même pas sur que la circulaire de 1947 ait amédioré la situation des bénéficiaires de décisions de justice, car, en fait, les huissiers poursuivants ont conservé l'habitude de demander une autorisation d'expulsion aux Préfets, avant de procéder à toute expulsion. Les Préfets font toujours procéder à une enquête préalable, et accordent ou refusent l'autorisation d'exécuter la décision de justice avant même que les locataires expulsés aient manifesté leur intention de s'opposer aux poursuites des huissiers.

Ces circulaires présentent donc de sérieux dangers. Au point de vue économique, elles ont le facheux effet de porter atteinte au crédit. Au point de vue moral, elles poussent à penser que tout s'arrange, que le plus malin triomphe et que la justice, déjà lente et couteuse, peut, par surcroit, devenir inefficace. Au point de vue juridique, elles sont aussi condamnables, spécialement aux deux points de vue suivants : ce sont des ordres internes de service, préjudiciables certes, mais inopposables (9), ce sont des mesures qui doublent, des mesures législatives, relatives aux délais de grâce, que le juge peut accorder aux débiteurs malheureux.

L'article 1233 du Code civil autorise le juge à accorder des délais de paiement (compétence étendue au juge des référés, par la loi du 25 mars 1936). Mais pareilles dispositions, quoique interprêtées fort largement et libéralement par la jurisprudence (10), ne suffirent pas à ceux qui voulurent que leur fut reconnu le droit

---

(7) Il est à noter que les circulaires prescrivant toujours de poursuivre les contribuables et d'une façon générale les débiteurs de l'Etat même malheureux et de bonne foi — cf. Circulaire du 4 avril 1933 — de même la circulaire du 8 octobre 1937 relative aux locataires des habitations à Bon Marché.

(8) Une circulaire du 8 janvier 1948 est venue préciser les modalités de l'exécution forcée des réquisitions.

(9) V. *supra*, p. 197.

(10) Sirvin : « Exécution forcée et délais de grâce ». *Rec. académie de législation de Toulouse*, 1936, p. 95.

de ne pas payer leurs dettes (11). Et depuis, la guerre 1914-18 proliféra une législation de moratoires destinée à permettre aux débiteurs les plus divers, débiteurs mobilisés ou éprouvée par la guerre, locataires civils et commerciaux, débiteurs de certaines dettes civiles, commerciales, agricoles et hypothécaires, d'obtenir des délais parfois assez longs de paiement.

On pourrait, dès lors, estimer que l'Administration doit d'autant plus exécuter les décisions de justice, que le législateur a cru bon de prendre lui-même des mesures dilatoires, en faveur de certaines personnes (12). Mais, toutes ces mesures administratives ou législatives, participent du même état d'esprit : protéger à tout prix les faibles, les petits, susceptibles de former une intéressante clientèle politique et particulièrement nombreux en époque de crise économique. Aussi, ne faut-il pas s'étonner de voir, non seulement le Parlement accorder des délais de grâce, l'Administration refuser l'exécution des décisions de justice, mais le Parlement prendre des mesures législatives ayant pour but de remettre en question la chose jugée elle-même ou tout au moins prmettant de n'en pas tenir compte (13). Il est très rare de contempler des textes analogues à cet article 27, § 6 de l'ordonnance du 11 octobre 1945, qui déclare passibles d'une astreinte les personnes restant dans les lieux, à l'expiration du terme de la réquisition ou de la levée de celle-ci, prescription qui a visiblement pour objet, d'empêcher le Préfet de faire obstacle à l'exécution du jugement d'expulsion, en refusant le concours de la force publique, de façon à faire revivre indirectement la réquisition expirée ou levée par lui (14).

Le refus systématique de l'Administration d'exécuter les décisions de justice s'inscrit donc dans une politique générale, défavorable aux créanciers. Mais, comme cette politique, elle répond à des buts qui sont parfois justifiés. Il est certain que les débiteurs de bonne foi, les chômeurs involontaires, les pères de famille nombreuse, sont dignes d'intérêts. Il est juste que le législateur les protège, et convenable que l'Administration s'emploie à ce qu'ils ne soient pas durement saisis ou expulsés.

Mais ce qui est anormal, c'est de permettre que ce qui est déjà jugé et dans les conditions voulues par le législateur, le soit une seconde fois par l'Administrateur. Celui-ci n'est pas juge des intérêts privés : il doit assurer à chacun une égale exécution du Service public et son action, comme son inaction, ne sont valables que si elles sont exercées dans l'intérêt général. L'Administration doit d'exécuter la décision de justice, non pas tant à son bénéficiaire, qu'à la décision elle-même, en raison de l'autorité de la chose jugée. Et c'est un même principe impersonnel qui justifie son inaction : le refus d'exécuter les décisions de justice, doit s'appuyer sur des considérations tirées des nécessités de l'ordre public, et non sur les considérations personnelles, tirées de la situation du débiteur.

C'est en ce sens que l'on comprend que les mesures d'expulsion susceptibles de susciter une émeute de quartier, soient en certaines occasions refusées par l'Administration. C'est aussi très

---

(11) Ripert : « Le droit de ne pas payer ses dettes ». *D.H.*, 1936, Chr. 57. Capitant : « Le régime de la violation du contrat », D.H., 1934, Chr. 1.

(12) En ce sens Châtelain, *op. cit.*, p. 114, n° 57.

(13) V. les lois en matière de baux à loyer, en matière de baux agricoles.

(14) Cf. Fréjaville : « Les palliatifs juridiques de la crise du logement ». *D.*, 1946, Chr. 85.

sagement que le Gouvernement décida, en 1936, de ne pas mettre en action les forces de police contre les ouvriers condamnés en justice à évacuer les locaux d'usines qu'ils occupaient : les piquets de grève, la résolution ouvrière, la multiplication des grèves avec occupation et l'insuffisance des effectifs de police, suffisaient à justifier l'inertie momentanée et opportune de l'Administration.

Mais celle-ci n'est plus justiciable lorsque l'ordre public n'est pas en jeu. La crise du logement explique bien le caractère délicat de certaines expulsions de locataires. Toutefois, si le logement doit devenir un service public, il conviendrait que l'Etat ait la pudeur de n'en pas faire supporter les charges par les seuls propriétaires. L'attitude systématique et maladroite de l'Administration a multiplié, ainsi que l'avait prophétiquement prévu le doyen Hauriou (15), les recours des justiciables-administrés contre les refus de l'Administration d'exécuter les décisions de justice.

Il en est issu une jurisprudence très nuancée qui a précisé à l'Administration ses devoirs et l'a mise en face de ses responsabilités (16). C'est à l'étude de cette jurisprudence, élément essentiel du droit positif en la matière, que nous allons maintenant passer.

Nous déterminerons d'abord le fondement de l'obligation pour l'Administration d'exécuter la chose jugée. Après quoi, nous examinerons les diverses hypothèses mettant en jeu sa responsabilité pour inexécution, et nous verrons spécialement que le droit à indemnisation des particuliers n'est pas toujours fondé sur une faute de l'Administration.

Sous-Section 2. — Fondement de l'obligation de l'Administration d'exécuter les décisions de justice

On peut se demander si cette obligation ne réside pas dans l'ordre donné par le Chef de l'Etat aux agents publics, d'exécuter les décisions de justice, ordre exprimé par la formule exécutoire apposée sur les jugements.

Le libellé de la formule exécutoire qui a varié au gré des régimes politiques est pour l'instant fixé par le décret du 12 juin 1947, dont l'article premier s'exprime ainsi : « Les expéditions des arrêts, des jugements, des mandats de justice, ainsi que les grosses et expéditions des contrats et de tous les actes susceptibles d'exécution forcée, seront intitulés ainsi qu'il suit : République Française, au nom du peuple français, et terminés par la formule suivante : En conséquence, la République Française mande et ordonne à tous huissiers, sur ce requis, de mettre le dit arrêt (ou le dit jugement, etc...) à exécution, aux Procureurs généraux et aux Procureurs de la République près les tribunaux de première instance, d'y tenir la main, à tous commandants et officiers de la force publique, de prêter main forte lorsqu'ils en seront légalement requis. En foi de quoi, le présent arrêt (ou jugement, etc...) a été signé par... ».

Il y a là une sorte d'injonction aux autorités administratives encore qu'elle émane de « La République », terme auquel il est

---

(15) *N. au S.*, 1918-1919-3-25 : « La seule hypothèse du refus d'exécution des jugements pourrait fournir un stock de réclamations dont on serait encombré ».

(16) Pour l'étude de divers projets législatifs destinés à mettre fin au conflit du juge et de l'administrateur, cf. Lallemant : « De l'exécution des jugements intervenus à l'encontre des débiteurs et des locataires », *Thèse Nancy*, 1939.

difficile d'attribuer, en l'espèce, une signification bien précise. La formule exécutoire, était plus simple sous le régime de Vichy : c'était, en effet, le Chef de l'Etat qui ordonnait aux diverses autorités publiques de ramener les jugements à exécution (17).

Mais il n'y a dans une telle formule qu'un ordre donné par le Pouvoir exécutif à ses agents. La force exécutoire des décisions de justice ne réside pas dans l'apposition de cette formule. Celle-ci symbolise peut-être l'impossibilité pour les tribunaux d'adresser, en vertu de la théorie de la séparation du pouvoir des ordres à l'Administration. Son origine doit être vraisemblablement trouvée dans l'ordre permettant l'exécution des jugements en dehors de la circonscription territoriale fixant la compétence des tribunaux (ancien droit français).

Mais à l'heure actuelle, la formule exécutoire n'a qu'un caractère théorique : car, ce n'est pas le Chef de l'Etat qui appose la formule, mais les greffiers (qui d'ailleurs doivent le faire obligatoirement), qui ne sont pas des fonctionnaires. Et surtout, parce que les décisions de juridiction qui sont dépourvues de cette formule, sont tout aussi exécutoires (18). De plus, les jugements exécutoires sur minute au cas de nécessité, délivrés sans grosse, donc sans formule exécutoire, ont cependant force exécutoire : il en est ainsi des ordonnances de référé (art. 811, C. pr. civ.) des jugements du juge de paix (art. 12, L. 25 mai 1838).

Enfin, les textes relatifs à la formule exécutoire reconnaissent toujours (mais de telles dispositions ne sont pas, à la vérité, nécessaires) l'efficacité des titres portant une formule exécutoire antérieure (cf. art. 3, ord. 9 août 1944, constatant la nullité du d. 16 juillet 1940, déterminant la formule exécutoire du régime de Vichy, — cf. art. 2, d. 12 juin 1947, qui reproduit des dispositions identiques).

Le devoir des administrateurs résulte donc « non pas de la formule exécutoire, mais de la loi qui organise leur fonction et de l'autorité de la décision du juge » (19).

Cette autorité n'est autre que celle de la chose jugée. Elle est reconnue par unanimité de la doctrine, quelles que soient les positions prises sur la notion d'acte juridictionnel. La réalisation matérielle des sentences judiciaires est, en effet, essentielle pour le maintien de la paix sociale. Leur inexécution du fait de l'Administration, porte atteinte à la confiance dans les tribunaux et entraine les individus à recourir à la justice privée (20).

Une fois que le juge a statué sur la contestation qui lui a été soumise, sa décision, par cela même, est exécutoire, car elle doit être tenue pour définitive. C'est par son caractère d'acte définitif que l'acte juridictionnel se distingue des autres : la force exécutoire, en effet, s'attache à tout acte ou situation par cela seul que l'action ou la situation sont valables. Elle n'est donc

---

(17) Sur la formule exécutoire portée par les décisions de la Cour Supérieure d'Arbitrage, v. Luchaire : « La Cour Supérieure d'Arbitrage, juridiction administrative », Thèse Caen, 1942, pour qui cette formule exécutoire consiste en une injonction administrative.

(18) Cf. Lettre du Grand Juge du 18 janvier 1809 sur le caractère exécutoire des décisions des Conseils de Préfecture v. infra, p.

(19) Jèze : « De la force de vérité légale attachée par la loi à l'acte juridictionnel », *R.D.P.*, 1913, p. 435, n° 2.

(20) Cf. Donval : « Le refus des autorités publiques de déférer à la formule exécutoire », *Thèse Rennes*, 1939, p. 61, n. 2. Jèze : « Principes généraux du droit administratif », 3me édit. T. 1, p. 254, n. 3 Poucel, *op. cit*, p. 15. Châtelain *op. cit.*, p. 44, etc...

pas créée par l'intervention juridictionnelle, mais lui préexiste (21). Par contre, il semble bien que l'autorité de la chose jugée, c'est-à-dire le caractère définitif, soit la caractéristique essentielle de l'acte juridictionnel. Les auteurs sont divisés sur le point de savoir si cette autorité doit être reconnue à la « décision » comme à la « constatation » du juge (22). Mais il paraît assez arbitraire de vouloir séparer les deux éléments d'un même acte : se refuser à reconnaître le caractère juridictionnel à la « décision » du juge, oblige à admettre la nécessité de l'intervention administrative, pour réaliser, rendre efficace la « constatation » du juge. La fonction juridictionnelle cesserait donc de se suffire à elle-même ; et l'on risquerait de tomber dans l'arbitraire administratif.

L'obligation pour l'Administration d'assurer l'efficacité des décisions de justice est, en quelque sorte, de droit naturel, va de soi pour ainsi dire. C'est en ce sens que s'est exprimé le Commissaire du Gouvernement Rivet dans ses conclusions relatives à l'affaire Couiteas (23) : « Qu'un jugement, dès l'instant qu'il est devenu définitif, doive recevoir son exécution et, qu'à cette exécution, la force publique. régulièrement requise doive, le cas échéant, prêter son concours, c'est là un principe indiscutable qui trouve son expression à la fois dans les Codes (24), dans les lois de la période révolutionnaire (25) et dans les décrets relatifs au service des places, *et dont l'idée est inséparable de la conception de la vie en société* ».

A cela on ne peut opposer le principe de la séparation des pouvoirs. Celui-ci, tel qu'il est interprété à l'heure actuelle (26) interdit seulement aux juges de donner des ordres à l'administrateur et à celui-ci d'en donner au juge. Or, exécuter une décision de justice, ne signifie aucunement pour l'Administration obéir à un ordre du juge. Si ordre il y a, il s'adresse seulement aux parties en litiges. Quant à l'Administration, elle est tiers : elle doit simplement tenir pour vrai la chose jugée qui, ainsi que l'a dit M. Jèze, à force de vérité légale.

Son obligation d'exécuter les décisions de justice est de la même nature que son obligation d'exécuter la loi : de même qu'en exécutant la loi, l'Administration n'obéit pas à un ordre du Parlement, de même, en exécutant un jugement, n'obéit-elle pas davantage à un ordre du juge. Le refus d'exécuter une décision de justice est simplement la violation de la chose jugée, c'est-à-dire une forme de la violation de la loi.

Sous-Section 3. — Sanction de l'inexécution de la chose jugée

Les administrés qui se plaignent de l'inexécution par l'Administration d'une décision de justice rendue à leur profit, ont à leur disposition, devant les tribunaux administratifs, les voies ordinaires de recours destinées à faire juger actes et conduite de l'Administration. Certains auteurs soutiennent (27) que le recours pour excès de pouvoir est irrecevable contre les refus

(21) Cf. Bonnard : « Le contrôle juridictionnel de l'Administration », p. 76.
(22) Jèze : « L'acte juridictionnel », *R.D.P.*, 1909, p. 166. Duguit : « Traité de droit constitutionnel », 2me édition, T. 2, p. 310.
(23) *R.D.P.*, 1924, p. 78.
(24) Cf. art. 673, 785, 146, *C.*, pr. cv. art. 234, *C.P.*
(25) *L.*, 28 Germinal an VI, art. 133.
(26) V. *infra*, p. 377 et s.
(27) Debrie : « Occupations d'usines et interventions administratives », *Thèse Dijon*, 1938, p. 135.

d'exécution « manu militari », la décision faisant grief, étant sous la dépendance étroite d'une opération d'exécution. Cette opinion est controuvée par la jurisprudence qui fait souvent annuler, pour excès de pouvoirs, le refus d'exécuter un jugement judiciaire. Car un tel acte porte atteinte à l'autorité matérielle de la chose jugée qui, on le sait, a force de vérité légale (28). On peut seulement appréhender les risques d'inefficacité d'un tel recours : la décision du Conseil interviendra en effet, dans un délai trop long et pourra demeurer lettre morte en face de la force d'inertie de l'Administration qui, déjà indifférente à l'inexécution de la chose jugée entre parties privées, le sera aussi à l'égard de la chose jugée à son encontre. Tôt ou tard, les requérants seront réduits à introduire un recours de plein contentieux pour mettre en jeu la responsabilité de l'Administration. Mais le recours pour excès de pouvoirs conserve cependant une utilité, car l'Administration est très habile à « inexécuter » les décisions de justice. Une véritable lutte a été engagée entre elle et le Conseil d'Etat, qui, si elle n'a pas abouti à une victoire impossible du juge, a du moins permis de démasquer la plupart des manœuvres de l'Administration et de déterminer la portée exacte de ses obligations.

La jurisprudence a d'ailleurs mis longtemps à se développer. Entre l'arrêt « Les bourgmestres de la ville de Liège » et l'arrêt Couiteas, il s'était écoulé un peu plus d'un siècle, au cours duquel le Conseil d'Etat n'avait pas eu à se prononcer. Dans le premier arrêt (29) il avait eu à trancher un conflit entre la ville de Liège et les héritiers du musicien Grétry à propos d'un arrêt de la Cour de Paris, qui avait ordonné la remise du cœur de Grétry à la ville de Liège. Or, le Préfet de Seine-et-Oise avait refusé de procéder à l'exhumation du corps du musicien, en raison des scènes tumultueuses qui pouvaient, à cette occasion, « altérer à la fois la tranquillité publique et troubler le repos dû à la cendre des morts ». Le Ministre de l'Intérieur ayant approuvé le Préfet, le Conseil d'Etat, saisi par la ville de Liège, déclara que l'arrêt de la Cour de Paris devait être « exécuté, non seulement sans obstacle, mais avec l'appui de l'Administration, à l'aide de toutes mesures d'ordre et de police qu'il lui appartient de prescrire », car, si l'autorité administrative « a le droit de choisir les mesures et le moment le plus favorable à l'exécution de l'arrêt, elle ne peut se refuser de concourir à la dite exécution ».

La note anonyme du Recueil des arrêts du Conseil d'Etat (p. 293) permet de comprendre combien, à cette époque, il eut paru scandaleux qu'une décision de justice restat inexécutée, du fait de la mauvaise volonté de l'Administration.

Mais depuis cet arrêt, un siècle s'est écoulé : il y a eu l'arrêt Couitéas, les transformations économiques, sociales et morales, dont nous avons déjà parlé.

Et si tous les arrêts relèvent toujours « que le justiciable, nanti d'une sentence judiciaire dûment revêtue de la formule exécutoire, est en droit de compter sur l'appui de la force publique pour assurer l'exécution du titre qui lui a été ainsi délivré », l'obligation de l'Administration s'est nuancée à l'extrême, les autorités publiques ayant, non seulement le droit de choisir

(28) V. parmi arrêts récents : *C.E.*, 27 février 1948 Epouse du Farguier, 10 mars 1948, Soc. immobilière H. Martin, 21 avril 1948 Lamy, 21 avril 1948 Delva...

(29) *C.E.*, 2 avril 1828. *R.*, 289.

moyens et moment opportuns, mais encore de refuser purement et simplement l'exécution des décisions de justice, si cette exécution est susceptible de causer des troubles graves.

Si l'Administration refuse d'exécuter une décision de justice alors que l'exécution n'aurait entrainé aucun trouble grave de l'ordre public, elle commet un excès de pouvoir et engage sa responsabilité. Elle commet ainsi une faute lourde qui ouvre un droit à indemnité au profit de l'Administré bénéficiaire d'une décision de justice (30). Spécialement, lorsqu'elle refuse l'exécution pour des motifs d'humanité, que seul le juge peut apprécier (31). Par contre, son abstention n'est plus fautive si elle est dûe à la carence du requérant qui a signalé tardivement à l'Administration l'ordonnance relative à l'expulsion de locataires ou de grévistes (32), ou si l'Administration arrive à prouver que, malgré pareille inexécution, elle est arrivée dans des délais raisonnables à donner satisfaction au requérant (33).

Car l'exécution tardive peut être elle aussi dommageable, si elle n'est pas justifiée pa les nécessités du maintien de l'ordre public. L'arrêt Brant (34) le rappelle en ces termes : « Considérant qu'il résulte de l'instruction que dans les circonstances de l'affaire, aucun motif tiré des nécessités de l'ordre public n'autorisait l'Administration à différer son intervention et qu'en retardant pendant plus de trente et un mois l'exécution de l'ordonnance de référé susvisée, les autorités chargées de la police ont commis une faute lourde en raison de laquelle le requérant est fondé à demander à l'Etat réparation du dommage que cette abstention lui a causé ». A supposer que l'exécution ait été tardive et que rien ne justifiait ce retard (35), l'Administration sera donc déclarée responsable dans les mêmes conditions que s'il s'agissait d'un refus d'exécution non justifié par le désir d'éviter des troubles.

C'est là l'application pure et simple de la théorie de la responsabilité pour faute de service. Le refus systématique et inexplicable, le retard abusif, là où l'exécution de la chose jugée eut été possible, sont constitutifs d'une faute lourde qui sanctionne le manquement de l'Administration à l'une de ses plus importantes obligations.

Aussi, le Conseil d'Etat veille-t-il à ce que l'Administration n'essaie pas d'éluder au préalable ses obligations. Le refus d'exécuter une décision judiciaire n'étant valable que s'il est prouvé que l'exécution aurait pu troubler la paix publique, cela oblige l'Administration à étudier chaque cas en particulier et lui interdit de soumettre toutes les exécutions forcées au régime de l'autorisation préalable (36).

---

(30) *C.E.*, 17 novembre 1944 Vve Peyre 292, 3 août 1944 Canissa 347, 30 mai 1947 Epoux Terry 347, 19 juin 1946 Bros, 29 janvier 1947 Office public des H.B.M. de la Seine. *S.D.J.*, n. 2 janvier-février 1947, p. 46.

(31) *C.E.*, 16 avril 1946 Sté des logements économiques. *S.*, 1947-3-16.

(32) *C.E.*, 16 octobre 1946 Sté des Etablissements Langlet et C°, *J.C.P.* 1947, IV. 2.

(33) *C.E.*, 28 mai 1947 La Mutuelle du Commerce et de l'Industrie 223, 30 septembre 1942 Sté des Etablissements Le Calvez, 269, 27 janvier 1943 Soc. Générale des Transports automobiles.

(34) *C.E.*, 22 janvier 1943. *R.D.P.*, 1943, p. 72. *D.C.*, 1944 J. 37 n. G.B. *S.*, 1944-3-41 n. Mathiot.

(35) *C.E.*, 7 mai 1947 Soc. des Brasseries de la Meuse 180 : un délai d'exécution de 15 jours ne peut être réputé tardif.

(36) *C.E.*, 20 décembre 1944 Union de la propriété bâtie de France. *S.*, 1947-3-5, n. P.H.

Car l'Administration ne peut modifier le sens et la portée d'une décision judiciaire. Il lui est donc interdit d'accorder des délais de grâce au débiteur condamné (37) si le juge ne lui en a pas accordés ou les lui a accordés plus brefs : elle ne peut que retarder en fait l'exécution à condition de ne pas aboutir à des délais abusifs, ou refuser cette exécution si elle est susceptible de troubler l'ordre public.

Cependant, il semble que cette dernière proposition n'est plus aujourd'hui tout à fait exacte. En effet, il est arrivé que des locataires contre lesquels un jugement définitif d'expulsion avait été prononcé, aient par la suite bénéficié d'une réquisition qui les maintenait dans les lieux. C'est là une forme adroite et savante de l'inexécution de la chose jugée que l'Administration pense pouvoir utiliser en vertu des dispositions de la loi du 11 juillet 1938 et de l'ordonnance du 11 octobre 1945. On ne peut dénier, à priori, ce droit de l'Administration puisqu'un décret du 8 septembre 1947 (38) prévoit les formalités de réquisition des locaux au profit des locataires expulsés par jugement passé en force de chose jugée.

Mais l'acte de réquisition est-il valable lorsqu'il est pris pour faire échec à l'autorité de la chose jugée ?

Le Conseil d'Etat a décédé dans le sens de la validité parce que les actes de réquisitions « sont des actes de puissance publique indépendante des décisions judiciaires » (39). Il faut évidemment que le bénéfciaire de la réquisition remplisse les conditions exigées par les divers textes en la matière. Mais il faut surtout que la réquisition ne soit pas entachée de détournement de pouvoit (dont il appartient au requérant de faire la preuve), c'est-à-dire n'ait pas eu pour but principal de faire obstacle à l'exécution de la chose jugée (40). La jurisprudence n'est pas sur ce dernier point bien nouvelle ; il y a longtemps que le Conseil d'Etat annule les mesures administratives prises dans le seul but de faire échec à une décision judiciaire (41).

Par contre, elle est très significative quand elle affirme la validité d'une décision administrative, en raison de la légalité d'un de ses buts, alors que certaines de ses fins sont illégales. Certes, la position de l'Administration est forte. Car elle est tiers au litige, et l'autorité de la chose jugée ne joue pas à son encontre. Elle peut, dès lors, se réfugier derrière un texte dont la portée est contraire à la décision du juge (42), sauf, bien entendu, si elle viole, non pas la chose jugée, mais le texte qu'elle interprète mal, consciemment ou inconsciemment (43).

Seule, la chose jugée au pénal a autorité absolue (autant qu'elle statue sur les faits et non sur leur qualification) : l'Administration ne peut sanctionner disciplinairement une faute, alors que le juge répressif a constaté l'inexistence des faits (44).

---

(37) *C.E.*, 21 mai 1943 Lacombe de Villers 128, 11 décembre 1943 Champsavoir, *S.*, 1943-3-24, 20 janvier 1944 Fiselier 24, 2 février 1944 Simon, *S.*, 1945-3-11, 4 février 1944 Lemoine, *J.C.P.*, 1944 IV 45, 19 avril 1944 Vve Vinckel-Chenot 114, 20 septembre 1944 Debailleul 251, 25 octobre 1944 Saurie 292.

(38) *D.*, 1947 L. 382.

(39) *C.E.*, 23 mars 1945 Laruelle. *S.*, 47-3-25 n. P.H., *D.*, 1946 J. 5.

(40) *C.E.*, 26 décembre 1945 Frêne 271, 5 février 1947 Roussel de Vauvilliers, 48.

(41) *C.E.*, 21 mars 1873 Cie Ragar 269, 9 juin 1893 Thorrand 449.

(42) *C.E.*, 13 mars 1874 Talfer, *S.*, 1876-2-59, 6 août 1878 Beauvoir, *S.*, 1879-2-25.

(43) *C.E.*, 8 juillet 1879 Coudray, *S.*, 1900-3-95.

(44) *C.E.*, 18 février 1944 Poncet, *S.*, 1944-3-47.

Mais néanmoins, la jurisprudence ne faisait jusqu'ici qu'accorder la prééminence à une loi ou à un règlement sur un jugement, ce qui pouvait se justifier par la plus grande portée des mesures légales ou règlementaires. A l'heure actuelle, il s'agit de tout autre chose : la prééminence est reconnue à une décision individuelle de réquisition sur une décision juridictionnelle individuelle. Le Conseil d'Etat rappelle que les réquisitions sont des actes de puissance publique ; est-ce un retour à la notion d'acte discrétionnaire ? Non, puisqu'il faut que le but recherché par la réquisition soit celui qui est imposé par la nature même de l'institution.

Il y a cependant là un acte essentiellement préjudiciable au propriétaire bénéficiaire d'un jugement qui expulse un locataire. Il est certain qu'il s'agit d'un préjudice spécial (tous les appartements réquisitonnables n'ont pas été réquisitionnés) dont il n'est pas sur que la victime doive en supporter définitivement la charge.

Car il y a toute une jurisprudence du Conseil d'Etat qui accorde une indemnité au bénéficiaire d'un jugement lorsque l'Administration a refusé de prêter main forte à l'exécution de ce jugement, bien que ce refus soit parfaitement justifié en raison des troubles graves qu'aurait pu entrainer l'exécution de la sentence judiciaire.

Cette jurisprudence est née à l'occasion de la célèbre affaire Couitéas. Il s'agissait du refus du Gouvernement de mettre en mouvement d'importantes forces militaires, afin de déloger, en Tunisie, des groupes imposants de nomades qui s'obstinaient à demeurer sur les terres dont la propriété avait été, par jugement, reconnue au sieur Couitéas. Le Conseil d'Etat accorda à celui-ci une indemnité. « Considérant... que si... le Gouvernement a le droit de refuser le concours de la force armée, tant qu'il estime qu'il y a danger pour l'ordre et pour la sécurité, le préjudice qui peut résulter de ce refus, ne saurait, s'il excède une certaine durée, être regardé comme une charge incombant naturellement à l'intéressé, et qu'il appartient au juge de déterminer la limite à partir de laquelle il doit être supporté par la collectivité » (45).

Les mêmes considérants ont été adoptés dans une affaire époux de Richemont (46) où le refus de l'exécution d'une décision de justice avait également privé un propriétaire de son droit de possession.

L'indemnité ainsi accortée l'est une fois pour toutes (47), car elle est censée compenser le dommage subi et non une faute d'abstention de l'Administration. S'il était permis de recourir de temps à autre contre l'Etat pour de pareils faits, l'indemnité accordée prendrait les allures d'une astreinte tendant à forcer l'Administration à agir.

Or, celle-ci n'est pas obligée d'agir dès lors que son action pourrait provoquer des troubles graves. L'indemnité accordée l'est en vertu du principe qu'il n'est pas juste de faire pâtir une minorité des mesures prises dans l'intérêt de tous.

Il a été fait application de la jurisprudence Couitéas, au refus du Gouvernement de faire évacuer les ouvriers en grève

---

(45) *C.E.*, 30 novembre 1923 Couitéas 789.
(46) *C.E.*, 23 mars 1945. *R.*, 60.
(47) *C.E.*, 6 novembre 1936 Héritiers Couitéas 867.

occupant les usines, nonobstant les décisions judiciaires ordonnant leur expulsion. Le refus d'expulsion est parfaitement légitime dans l'éventualité de troubles sérieux. Mais « le préjudice qui peut résulter de ce refus ne saurait être regardé comme une charge incombant à l'intéressé, que si la situation ne s'est pas prolongée au-delà du délai dont l'Administration doit normalement disposer, compte tenu des circonstances de la cause, pour exercer son action » (48).

Le préjudice subi est évidemment celui qui provient, non de l'occupation des usines, mais du refus d'expulsion. Mais la formule du Conseil d'Etat est par ailleurs un peu vague : ne pourrat-on pas l'entendre comme établissant l'obligation pour l'Administration d'agir, passé un certain délai, le retard étant générateur d'indemnité par nature ? Telle n'a pas été l'ntention du Conseil d'Etat. Il a simplement voulu reconnaître un droit à indemnité, né d'un acte dommageable, mais régulier de l'Adminstraton. Il y a là smplement une applcation de la théorie du risque, ou, si l'on veut, de la théorie de la responsabilité de l'Etat, basée sur la péréquation des charges sociales.

Il ne peut certainement s'agir de responsabilité pour atteinte à la propriété immobilière. C'est en effet la possession et non la propriété qui est touchée et, de toutes façons, la théorie de l'expropriation indirecte ne donne lieu à une indemnité que si l'Etat a bénéficié de cette voie de fait.

Or, si l'on peut dire que l'Etat, dans l'affaire Couitéas a évité surement des dépenses et des pertes de vies humaines, cela est beaucoup moins évident en matière d'occupation d''usines. Quoiqu'il en soit, la responsabilité de l'Etat ne peut être fondée sur l'enrichissement sans cause, car l'inaction des forces de police est par hypothèse justifée.

La jurisprudence Couiteas a donc établi un mode spécial d'indemnisation que nous rencontrons pour la première fois en matière de l'inexécution d'une obligation de faire. Elle est éminemment progressive, car elle constitue une menace pour l'Etat qui sait à l'avance que son abstention, même légitime, peut en certaines circonstances être génératrice d'une responsabilité. Et, chose plus importante encore, elle interdit à l'Etat d'éluder ces obligations, puisqu'elle coexiste avec la jurisprudence qui frappe l'Etat en cas d'abstention fautive.

L'abstention de l'Administration au cas d'inexécution de la chose jugée est donc assez sévèrement sanctionnée. Malheureusement, indemniser n'est pas agir, et il est à craindre, surtout en matière de logement, que les requérants se lassent d'agir en dommages et intérêts, après avoir vainement tenté d'obtenir l'expulsion d'un locataire que l'Administration, le plus souvent, s'obstinera à leur refuser, malgré toutes les décisions du Conseil d'Etat.

---

(48) *C.E.*, 3 juin 1937 Soc. Cartonnerie Saint-Charles, 11 juillet 1939 Soc. anonyme la Soie 471, 23 octobre 1942 Soc. Les Docks Rémois, 18 décembre 1942 Soc. les Magasins réunis de Bercy, 15 janvier 1943 Fonderies Franco-Belge, 1er juin 1943 Soc. anonyme du Bon Marché, 11 juin 1943 Soc. France-Transports-Domicile, 17 décembre 1943, Soc. anonyme des Etablissements Bauman.

SECTION 2. — L'INEXECUTION DES PEINES PRONONCEES PAR LES JURIDICTIONS REPRESSIVES (49)

Pour être moins sensible qu'en la matière de l'exécution des décisions civiles, le phénomène de l'abstention n'en est pas moins aussi réel dans celle de l'exécution des peines. En temps normal, il passe à peu près inaperçu, tout au moins du grand public : il a fallu la commutation systématique par le Président Fallières de la peine de mort, pour attirer l'attention sur ce problème et spécialement sur l'exercice du droit de grâce. Par contre, en matière politique, il en est tout autrement : la situation de Lesseps, condamné, non gracié, mais dont la condamnation ne fut jamais exécutée, fit grand bruit en son temps ; il en est de même aujourd'hui, à l'égard de l'exécution ou de l'inexécution des condamnations prononcées pour cause de collaboration ou d'intelligence avec l'ennemi.

Négligeant la polémique et les aspects contingents du problème, nous nous attacherons exclusivement à en déterminer les données et à en fournir les solutions à un strict point de vue juridique.

Il s'agit de savoir si l'Etat a le droit d'exécuter comme bon lui semble les peines prononcées par les juridictions répressives. Possède-t-il ou non un pouvoir discrétionnaire, laissant sans recours tant le condamné lui-même que ses victimes ? Il semble naturel que ces derniers aient droit à ce que la peine prononcée soit exécutée. Mais on a vu aussi un condamné à mort recourir devant le Conseil d'Etat contre le prétendu excès de pouvoir du décret de grâce, qui avait commué sa peine en celle de vingt ans de travaux forcés et de vingt ans d'interdiction de séjour, peine qui, à ses dires, n'était plus seulement afflictive, mais afflictive et infamante, et de plus n'était pas prévue par le Code de justice militaire (50). De pareils cas d'abnégation juridique sont rares. Il est par contre plus fréquent de voir des recours dirigés contre le rejet d'un recours en grâce ou les refus de mise en liberté.

Or, à tous ces recours, le Conseil d'Etat répond toujours par une fin de non recevoir. Mais ses formules de rejet ayant subi quelques variations, il est nécessaire d'en donner quelques unes choisies parmi les plus caractéristiques, qui nous permettront peut-être de connaître les raisons profondes du Conseil d'Etat de se refuser à l'examen de pareilles requêtes.

Pour motiver son rejet des requêtes dirigées contre les mesures de grâce, le Conseil d'Etat a utilisé successivement les trois formules suivantes :

« Considérant que les questions que soulève le présent pourvoi sont relatives à l'exercice du droit de grâce, et ne sont pas de nature à être portées devant la juridiction contentieuse » (51).

Cette formule paraît signifier que tous les actes concernant l'exercice du droit de grâce échappent au contrôle du contentieux.

---

(49) Nous n'entendons parler que de l'exécution matérielle des peines privatives de liberté (peine corporelle ou pécuniaires) et non des peines privatives de droit (dégradation civique, incapacité de recevoir et de disposer à titre gratuit, interdiction légale, etc...) qui se produisent de plein droit dès que la sentence de condamnation a acquis autorité de chose jugée.

(50) C.E., 30 juin 1893 Gugel, S., 1895-3-41 n. Hauriou.

(51) *C.E.*, 16 mai 1890 de Condinguy 496 : la requête mettait en cause un Ministre qui avait fait exécuter une condamnation à l'amende, sans attendre que le recours en grâce ait été soumis au Président de la République.

Mais la seconde formule employée ultérieurement est plus restrictive, puisqu'il est dit seulement « que les actes accomplis par le Chef de l'État, dans l'exercice du droit de grâce, ne sont pas susceptibles d'être déférés au Conseil d'État par la voie contentieuse » (52).

La Haute juridiction est revenue maintenant à une formule plus large et qui est la suivante : « Considérant que les décisions que le Chef de l'Etat est appelé à prendre dans l'exercice du droit de grâce dont dépend l'exécution des peines infligées par des juridictions de l'ordre judiciaire, ne peuvent être regardées comme des actes émanant d'une autorité administrative ; que dès lors, le décret du Président du Gouvernement provisoire de la République, pris le 11 janvier 1947, avant l'élection du nouveau Président de la République et portant que sera menée à exécution la peine de mort, prononcée par la Cour de jusitce de Bordeaux, contre le sieur Gombert, n'est pas au nombre des actes dont le contrôle relève du Conseil d'Etat, juge de l'excès de pouvoir » (53).

Cette dernière formule rappelle curieusement, quoique bien plus complète, les formules utilisées par le Conseil d'Etat, pour rejeter les recours de deux forçats qui s'étaient plaint du refus du Ministre de la justice de les libérer après cinq ans de travaux forcés, sous prétexte qu'ils avaient encore à faire cinq ans de résidence, ce qui, d'après les requérants, ne signifiait aucunement que ces cinq ans de résidence dussent s'effectuer en prison. Leurs recours furent rejetés : Considérant que toutes les questions soulevées... se rattachent aux conditions d'exécution des peines, que dès lors, elles ne sont pas au nombre de celles sur lesquelles il appartient à la juridiction administrative de statuer » (54).

Par contre, on se trouve en présence d'une formule toute différente dans l'arrêt Brunaux (55) où il est dit que « les questions soulevées par le sieur Brunaux sont relatives à la régularité des mesures d'ordre intérieur pises à l'égard d'un détenu par l'Administration pénitentiaire ; qu'elles ne sauraient, dès lors, être portées devant le Conseil d'Etat statuant au contentieux ».

Si l'on excepte ce dernier arrêt où le Conseil d'Etat affirme à nouveau son incompétence à juger les mesures d'ordre intérieur de tout service public quel qu'il soit, il semble qu'il justifie son incompétence à l'égard des mesures d'exécution des peines sur ce que celles-ci ne sont pas des actes administratifs.

C'est surtout à propos du droit de grâce que les auteurs ont débattu la question. Certains ont justifié la jurisprudence du Conseil d'Etat en disant que la Haute juridiction qui est incompétente pour apprécier l'activité des organes judiciaires, l'est en conséquence pour apprécier l'exécution des peines, qui ne sont que le prolongement des décisions de justice.

A l'appui de cette constatation, ces auteurs font valoir que l'exercice du droit de grâce est de nature juridictionnelle, parce que le Chef de l'Etat est lié par le jugement à la constatation de culpabilité, et ne peut infliger une peine plus forte, ni toucher aux incapacités et déchéances découlant du jugement de condamnation. Et parce que la grâce modifie profondément le régime

---

(52) Arrêt Gugel précité.
(53) *C.E.*, 28 mars 1947 Gombert. *S.*, 1947-3-89 concl. Célier *R.D.P.*, 1947, 95 n. Waline.
(54) *C.E.*, 27 février 1920 Mahine 227, 23 juillet 1920 Valette 77.
(55) *C.E.*, 28 juillet 1932, *R.*, 816.

de la peine principale, donc la portée du jugement de condamnation, il ne peut s'agir que d'un acte juridictionnel, un acte administratif étant en tant que tel insusceptible de modifier un acte judiciaire (56).

Cette argumentation n'est pas très convaincante. En effet, il est admis que le Chef de l'État, peut gracier, de sa propre initiative, donc se saisir d'office, ce qu'un juge ne peut faire (57). De plus, les décrets de grâce doivent être contre-signés, ce qui est susceptible de mettre en jeu la responsabilité politique du Ministre qui a apposé le contreseing : en fait, il n'en a jamais rien été, le Parlement voyant dans le droit de grâce une prérogative personnelle du Chef de l'Etat, mais non pas forcément une prérogative juridictionnelle.

Car, comment alors interprêter la tradition qui veut que lorsque le Chef de l'Etat vient à changer entre le rejet de recours en grâce et l'exécution de la peine, le condamné puisse former un nouveau recours en grâce devant le nouveau Chef de l'Etat ? C'est bien admettre que le décret de grâce ne possède pas l'autorité de la chose jugée, caractéristique essentielle de l'acte juridictionnel. D'autant plus que rien n'interdit au Chef de l'Etat qui a rejeté un recours en grâce, de revenir ensuite sur cette décision et de gracier un condamné, à la condition, bien entendu, qu'il n'y ait pas eu entre temps une exécution définitivement capitale.

La grâce ne touche pas au jugement, mais uniquement à son exécution, ce qui permet de dire que l'on se trouve en présence d'un acte de pouvoir exécutif et non judiciaire (58). Par la grâce la peine est remise, réduite ou commuée, mais la condamnation subsiste avec tous ses autres effets (notamment ceux qui ont trait aux droits des tiers). L'exécution des peines ressort naturellement à la compétence de l'exécutif, seul compétent pour l'initiative de la répression pénale. « L'exercice du droit de grâce n'est pas une suspension de la loi par un pouvoir inférieur à la loi ; elle n'est que l'exercice d'une faculté d'appréciation des circonstances que le pouvoir exécutif tient de sa nature même dans l'exercice de l'une de ses attributions constitutionnelles qui est le droit de punir » (59). Ce droit paraît être consacré par le législateur ; en effet, le Code d'instruction criminelle stipule que, passés certains délais, les peines non exécutées sont prescrites. L'Exécutif a le droit de se désintéresser de l'exécution des peines : la prescription peut sanctionner sa négligence, mais elle lui permet d'apprécier aussi l'opportunité des mesures à prendre (60).

Seulement, exécutif est un terme imprécis. Quelles sont, en effet, les autorités qui participent à l'exécution des peines ?

On y rencontre à la fois des autorités judiciaires et administratives. En effet, le droit de faire exécuter la condamnation pénale

---

(56) Cf Rulleau : « De la grâce en droit constitutionnel », *Thèse Bordeaux*, 1911.

(57) Le Chef de l'Etat peut exercer ce droit même si la Constitution a omis de le lui reconnaître : v. à ce sujet Célier concl. pour arrêt Gombert précité, à propos de la loi du 2 novembre 1945.

(58) Cf. Gros : « Survivance de la Raison d'Etat », *Thèse Paris*, 1932, p. 64. Commissaire du Gouvernement Célier (arrêt Gombert précité). R. Garraud : « Traité théorique et pratique de droit criminel français », T. 2, p. 633, n. 763.

(59) Barthélémy : « A propos de l'exercice du droit de grâce ». *R.D.P.* 1909, p. 547.

(60) Cf. aussi le droit de transaction relatif à l'exécution de certaines peines pécuniaires.

n'appartient pas au tribunal qui a rendu la décision, mais au Ministère Public (61). C'est celui-ci qui fixe les modes, le moment, les mesures d'exécution en se conformant à la loi et au jugement de condamnation.

Toutefois, quand le condamné a été écroué dans l'établissement où il doit purger sa peine, l'application du régime de celle-ci est l'œuvre de l'Administration pénitentiaire. Bien que rattachée depuis 1911 au Ministère de la justice, elle n'en est pas moins localement subordonnée aux Préfets et non aux magistrats. Ceux-ci peuvent bien empêcher la sortie et l'élargissement des détenus avant l'expiration de leur peine, surveiller les maisons d'arrêts et de justice (62), mais, en fait, ne le font pas. Si bien que l'on ose dire que la loi établit les peines, le juge les prononce et l'Administration les exécute. Encore faut-il préciser ce dernier point : car, il semble qu'en ce qui concerne les peines privatives de liberté, l'Administration ne soit chargée que de l'exécution matérielle, sans pouvoir de décision juridique (63). De même, c'est à la requête du Ministère public que les diverses Administrations compétentes procèdent au recouvrement des amendes et frais, prononcés au profit de l'Etat. Cependant, il faut signaler que l'Administration peut agir de son propre mouvement, en ce qui concerne le recouvrement immédiat des amendes en matière de contravention de police.

Si le sursis à l'exécution de peines est accordé par le juge, préalablement à toute mesure d'exécution, la libération conditionnelle, mesure susceptible d'intervenir en cours d'exécution de peines privatives de liberté, est accordée par arrêté du Ministre de la justice, mais après avis d'un certain nombre d'autorités judiciaires et administratives (Préfet, Commission de Surveillance des Etablissements pénitentiaires, Ministère public auprès du tribunal qui a prononcé la condamnation, Comité consultatif siégeant à Paris et composé de huit membres choisis parmi des magistrats, des directeurs d'Etablissements pénitentiaires, de représentants de sociétés de patronage).

Par contre, il est des lois qui ont formellement établi une suspension administrative des peines : telles, la loi du 19 avril 1943 relative à une suspension révocable des peines privatives de liberté (ne devenait irrévocable qu'au bout d'un certain laps de temps), et la loi du 2 6juin 1944 qui autorisait les Préfets à suspendre l'exécution de certaines peines correctionnelles en faveur de certains détenus, au cas où les évènements imposaient une évacuation immédiate des prisons (64).

On retrouve au contraire une compénétration d'autorités diverses en ce qui concerne l'exercice du droit de grâce. Aux termes de l'article 35 de la Constitution du 27 octobre 1946, le Président de la République exerce son droit de grâce en Conseil supérieur de la magistrature (65). Cet organisme, loin de n'être composé que de magistrats, exerce une activité qui concerne essentiellement la sphère judiciaire. Cela suffit-il pour donner le caractère juri-

---

(61) Cass. 6 avril 1827. *S.*, 1827-1-515.

(62) V. art. 165-197-375-613-616-618. Code d'Instruction criminelle.

(63) Cf. R. Garraud *op. cit.*, T. 2, p. 464, n. 680, v. *infra*, p. 323 la responsabilité de l'administration pénitentiaire peut être retenue à l'occasion de l'évasion d'un détneu.

(64) Ces deux textes ont été annulés à la Libération.

(65) Le projet constitutionnel du 29 avril 1946 attribuait le droit de grâce au seul Conseil Supérieur de la Magistrature.

dictionnel aux décrets de grâce et justifier ainsi l'incompétence du Conseil d'Etat ?

La Haute juridiction paraît s'être engagée dans cette voie et y demeurer fermement.

Il lui aurait été cependant facile de motiver autrement le rejet au fond des recours relatifs à l'exécution des peines. En effet, on peut reconnaître au Gouvernement un pouvoir discrétionnaire en la matière.

Car la peine se présente à l'heure actuelle comme une réaction sociale et non pas individuelle, tendant non seulement à faire expier, mais encore à préserver le corps social et à amender le coupable. De plus en plus, l'évolution du droit criminel se prononce dans le sens de l'individualisation de la peine. Ce ne peut être dès lors qu'aux autorités chargées de l'exécution, de décider si tel condamné mérite ou non d'être relevé de sa peine. C'est ce à quoi on arrive par la libération conditionnelle. Par la grâce, il est possible à l'Administration de poursuivre une politique pénale (suppression en fait, par exemple, de la peine de mort) et même une politique au sens strict du mot (apaisement de l'opinion publique) : c'est à elle seule qu'il appartient d'apprécier l'opportunité des mesures qu'elle désire prendre.

La peine ne doit pas servir la vindicte publique. Elle est due à la société, non à la foule, ni à la victime. Personne n'a le droit subjectif en matière de répression pénale (66). C'est en ce sens qu'il a pu être affirmé que la prescription des peines était d'ordre public et qu'un condamné ne pouvait y renoncer et demander à être puni (67). C'est ce qu'au fond signifiait l'arrêt Gugel.

Mais le Conseil d'Etat n'a pas cru bon de faire appel à ces principes. Il a préféré rejeter purement et simplement les recours sans adhérer à une doctrine précise. Ainsi que l'a fort bien noté M. Waline (68) cette jurisprudence peut aboutir à un véritable déni de justice.

En effet, un décret de grâce peut être entaché d'illégalité. C'était la question soulevée par la requête du sieur Gombert, qui prétendait que le rejet de son recours avait été prononcé par une autorité incompétente. Il se peut aussi que dans l'avenir, le décret de grâce ne soit pas pris en Conseil supérieur de la Magistrature.

Mais il n'y aura pas de juge pour sanctionner pareilles irrégularités. Si le Conseil d'Etat avait simplement reconnu au Gouvernement le pouvoir d'apprécier discrétionnairement l'exécution ou l'inexécution des peines, il aurait été possible aux requérants d'exiger que ce pouvoir fut exercé par l'autorité compétente et dans les formes voulues.

Malheureusement, le Conseil d'Etat se déclare incompétent quant à la forme et quant au fond, motif pris de ce que l'exécution des peines n'est pas un acte administratif, ce qui est vite dit, si l'on considère l'extrême complexité des rapports en la matière, des autorités administratives et judiciaires.

---

(66) Cf. Bonnard : « Le contrôle juridictionnel de l'Administration, p. 71.

(67) Cf. n. sous Lyon 30 juin 1887. *S.*, 1889-2-65.

(68) N. sous arrêt Gombert, *op. cit.*, loc. cit.

CHAPITRE VI

L'ABSTENTION DE L'ADMINISTRATION CONTRACTANTE ET LE RECOURS DES TIERS AU CONTRAT

Les taches considérables de l'Administration contemporaine et son équipement technique insuffisant, l'obligent à avoir souvent recours à la collaboration des simples particuliers. La conclusion de contrats, spécialement des marchés de fournitures et de travaux publics, est un aspect normal du fonctionnement des services publics. La concession de service public est, elle aussi, une conséquence de cet état de choses : si ce mode d'exploitation, violemment critiqué de nos jours par les doctrines socialistes et communautaires, qui font valoir qu'il est immoral que la gestion d'un service public aboutisse à l'enrichissement d'un simple particulier, tend peu à peu à disparaître pour être remplacé par de nouvelles formes plus ou moins étatisées (régies, entreprises nationalisées) ou impliquant une forme d'association du capital privé et du contrôle étatique accordant à celui-ci une immixtion dans l'entreprise même (sociétés d'économie mixte), il n'en reste pas moins que la concession a permis à l'Etat de faire effectuer d'immenses travaux à une époque où, insuffisamment outillé, il ne lui était pas encore imposé une fonction interventionniste aussi accusée que de nos jours.

La conclusion de contrats étant donc une manière de faire fonctionner les services publics, il est normal que les administrés s'intéressent à leur exécution. L'Administration possédant, lorsqu'il s'agit d'un contrat administratif, des pouvoirs de contrôle et de surveillance extrêmement importants, puisqu'ils peuvent aller jusqu'à la modification et à la résiliation unilatérale du contrat, les administrés ont le droit de lui reprocher, en certaines occasions, de n'avoir pas exercé ses pouvoirs : surtout lorsque le contrat établit un service public, l'Administration contractante faisant alors figure d'autorité supérieure, dont le rôle est apparemment analogue à celui d'une autorité hiérarchique ou d'une autorité de tutelle.

Il s'agit de savoir, dès lors, si les administrés ont le droit d'exiger que l'Administration oblige son co-contractant à exécuter son contrat. C'est là un problème différent de celui qui est posé par la nature des rapports entre les administrés et le co-contractant de l'Administration (1).

Le principe du droit privé en la matière est que les contrats ne peuvent avoir d'effet qu'entre les parties contractantes (art. 1165, Code civil). Cependant, un contrat peut produire des effets à l'égard des tiers et plus présicément peut leur bénéficier qu'il s'agit d'une stipulation pour autrui.

---

(1) V. *infra*, p. 292 et s.

La situation est sensiblement différente en droit public. Car le contrat administratif est conclu indéniablement dans un but de service public. Le doyen Hauriou a fait, à justetitre, observer (2) que le principe de relativité des conventions n'avait guère de sens en droit public, étant donné que la plupart des clauses des contrats avaient pour fondement des textes règlementaires (cahiers des charges, cahiers des clauses et conditions générales) qui contribuent à donner aux contrats administratifs un caractère plus objectif que subjectif.

Mais, ainsi que le dit M. Péquignot, la théorie du contrat administratif « est encore trop peu évoluée pour que l'on puisse dire qu'une théorie cohérente ait été déduite de cette idée, qu'il est de l'essence du contrat administratif de produire des effets à l'égard du public, étranger à sa conclusion, parce que le contrat a un but de service public » (3).

La question n'a été, à peu près, posée en jurisprudence qu'à propos de l'effet des contrats de concession à l'égard des tiers. Il s'agissait, en effet, de savoir si les tiers pouvaient exiger que l'autorité concédante fasse pression sur le concessionnaire pour qu'il exécute les obligations qui sont à sa charge de par le contrat de concession.

Dans des arrêts très anciens, le Conseil d'Etat n'avait pas admis (il est vrai qu'il ne s'agissait pas de contrat de concession) ce droit des tiers à contrôler les actes de l'Administration co-contractante. Par une décision Liébard (4), le Conseil l'Etat a refusé à une commune le droit d'intervenir dans un litige entre l'Administration et des entrepreneurs de travaux publics. Un pont détruit lors des invasions de 1815, avait été reconstruit, mais, malgré les protestations des entrepreneurs et des habitants d'une commune, l'Administration interdisait toujours le passage des véhicules trop lourds sur ce pont à péage. La Commune intervint dans le litige qui opposait ainsi l'Administration et un co-contractant, spécialement pour demander la suppression du péage. Le Conseil d'Etat refusa d'admettre cette intervention : « Considérant qu'il s'agit dans l'espèce d'un débat qui s'est élevé entre l'Adminisration et les sieurs Liébart et Guyard sur le sens et l'exécution d'un *contrat auquel la commune de Chatou est demeurée étrangère* et qui a eu pour objet la construction d'un pont sur une route départementale, d'où il suit que cette commune ait, sans qualité pour intervenir dans la cause ».

La même solution est donnée par l'arrêt Sauphar (5). Une voiture avait versé après avoir heurté un pavé enlevé à la suite de travaux sur une route. Les entrepreneurs de travaux publics avaient été condamnés civilement et correctionnellement, mais le conflit avait été élevé, motif pris de ce que le dommage constituant une infraction aux clauses du cahier des charges, il n'appartenait qu'à l'Administration d'interprêter ces clauses : « Considérant que l'interprétation dudit cahier des charges et la question de savoir si les ordres de l'Administration avaient été exécutés, n'appartient qu'à l'autorité administrative de statuer ».

C'était ainsi, on ne peut plus nettement affirmer en droit public le principe de la relativité des conventions. Mais, cette

---

(2) N. au *S.*, 1902-3-73.
(3) « Théorie générale du Contrat Administratif », p. 548-549.
(4) *C.E.*, 3 mars 1837. *R.*, p. 67.
(5) *C.E.*, 23 avril 1840. *R.*, p. 133.

jurisprudence n'est plus maintenant qu'un souvenir historique. Elle est aujourd'hui, en effet, établie en sens tout à fait contraire : les administrés, par la voie du recours pour excès de pouvoir, peuvent faire annuler la décision par laquelle l'Administration concédante refuse de faire pression sur son concessionnaire — et par la voie du recours en indemnité, faire sanctionner son abstention fautive et préjudiciable (6).

Le problème délicat est celui qui est relatif à la détermination des administrés, tiers au contrat, qui ont qualité pour exiger cette action de l'Administration.

M. Jèze (7) affirme que tout recours est interdit aux tiers autres que les usagers qui sont les bénéficiaires directs du service public. Mais, si l'on considère l'arrêt Storch (8), on voit qu'un commerçant fut admis, par le Conseil d'Etat, à demander l'annulation d'un arrêté préfectoral qui, en violation d'un contrat de concession, avait autorisé le concessionnaire à poser des conduites électriques aériennes, destinées à l'emploi d'un matériel à trolley. Or, le requérant ne se plaignait pas en sa qualité d'usager, puisque sa requête n'était pas relative au fonctionnement du service public, mais l'établissement d'un ouvrage public. En outre, le recours est ouvert aux administrés qui ne sont pas encore usagers et qui sont simplement dans la situation d'usagers éventuels. Le recours est admis pour sanctionner l'abstention de l'autorité concédante, qui n'a pas forcé son concessionnaire à contracter avec les administrés qui veulent bénéficier du service, ou à leur accorder la prestation à laquelle ils ont droit, en vertu du contrat qu'ils ont conclu avec le concessionnaire.

Le droit d'exiger l'action du concédant a été consacré par l'arrêt Syndicat du quartier Croix de Seguey-Tivoli (9), où était incriminé le refus de l'Administration d'imposer à son concessionnaire de créer une ligne de tramways. Très souvent, le Conseil d'Etat signale expressément qu'il est compétent parce que la décision de l'Administration est un acte administratif distinct du litige d'ordre privé qui existe entre le concessionnaire et l'usager du service (10).

Mais la décision de refus n'est annulée, le concédant n'a d'obligation d'agir sur son concessionnaire, que si les lois, règlements et cahiers des charges enjoignent à l'Administration d'exercer son pouvoir de contrôle et de surveillance. Si cette obligation n'existe pas, l'autorité concédante peut valablement refuser cette intervention : « Considérant que l'article 4 de la loi du 15 juillet 1845 et l'article 15 du règlement d'Administration publique, n'ont pas édicté l'obligation pour les Compagnies de chemins de fer d'établir à toutes croisées de routes de terre, des barrières mobiles ; que dès lors, le sieur Petrucci n'est pas fondé à soutenir que c'est en violation des textes précités, que l'Administration a refusé de prescrire à la Compagnie des chemins de fer de Paris à Orléans, d'établir un passage à niveau pour le chemin rural non

---

(6) L'administré-contribuable d'une Commune peut suivant les termes de l'article 123 de la loi de 1884 exercer les actions que cette Commune néglige d'exercer à l'encontre de son concesionnaire : v. *infra*, p. 479.

(7) Principes généraux du droit administratif, T. 3, p. 330.

(8) *C.E.*, 8 février 1905. *R.D.P.*, 1906, p. 346.

(9) *C.E.*, 21 décembre 1906. *S.*, 1907-3-35 concl. Romieu.

(10) *C.E.*, 27 novembre 1935 Beaudoin, *S.*, 1936-3-74 n. Blœvœt.

reconnu, dit chemin des mules, situé sur le territoire de la commune d'Escoublac et intercepté par la voie ferrée dont s'agit » (11).

L'obligation de l'autorité concédante n'existe pas non plus lorsque les dispositions des cahiers des charges sont par trop imprécises et nécessitent une interprétation par le juge du contrat (12) : toutefois, il faut signaler qu'il semble qu'à l'heure actuelle, le Conseil d'Etat juge de l'excès du pouvoir se reconnaisse compétent pour interpréter les clauses obscures (13).

Les abstentions de l'autorité concédante sont aussi sanctionnées sur le plan du recours en indemnité (14). C'est ainsi qu'une autorité concédante a été condamnée à une indemnité pour n'avoir pas contrôlé si le concessionnaire avait contracté une police d'assurances auprès d'une compagnie sérieuse, ainsi que son contrat de concession lui en faisait une obligation (15), ou pour ne lui avoir pas prescrit d'exécuter les travaux nécessaires pour parer à un danger dû au caractère défectueux d'un ouvrage public utilisé par le concessionnaire (16).

Il n'est pas que les simples administrés pour pouvoir exiger cette intervention de l'autorité concédante. Le personnel du concessionnaire a, en effet, le droit de contraindre le concédant à agir sur le concessionnaire pour qu'il respecte les clauses stipulées en faveur dans l'acte de concession. C'est devant le juge du contrat que le personnel, partie au contrat, peut mettre en cause l'abstention de l'autorité concédante (17) Quant au Syndicat du personnel, qui, en tant que syndicat, n'est pas partie au contrat, il doit utiliser la voie du recours pour excès de pouvoir pour faire annuler la décision par laquelle l'autorité concédante a refusé d'user des pouvoirs dont elle dispose pour exiger du concessionnaire qu'il s'acquitte des obligations auxquelle il est tenu, vis-à-vis du personnel, par application du contrat de concession (18), (18 *bis*).

Ainsi, les tiers peuvent recourir contre le refus du concédant, de forcer le concessionnaire à remplir ses obligations envers eux. Il en est autrement si leur recours met uniquement en cause les rapports du concédant et du concessionnaire, c'est-à-dire les pouvoirs de modification ou de résiliation du contrat : « Considérant d'une part, qu'il appartenait à l'Etat d'user ou de ne pas user, selon les circonstances de la faculté qui est réservée par

---

(11) *C.E.*, 12 janvier 1934. Petrucci 70.

(12) Arrêt Beaudoin précité.

(13) V. *infra*, p. 294.

(14) En vertu des principes généraux, c'est évidemment le juge administratif et non le juge judiciaire, qui est compétent pour apprécier cette responsabilité de l'administration concédante : Req. 27 mai 1946. *D.*, 1946. J. 326.

(15) *C.E.*, 5 novembre 1937. Caire 899.

(16) *C.E.*, 10 mai 1944 C° Générale des Eaux de la banlieue de Paris 135.

(17) *C.E.*, 12 juin 1936. Périé *D.H.*, 1936-576.

(18) *C.E.*, 22 juillet 1927 Syndicat des secteurs électriques de la Seine. *S.*, 1929-3-86.

(18 *bis*) Signalons que le concessionnaire à qui le concédant a rappelé ses obligations (étant admis d'ailleurs que le concédant ne peut se substituer aux usagers pour exercer leur action individuelle contre le concessionnaire : *C.E.*, 6 décembre 1935 Ville de Bergerac. *S.*, 1936-3-65 n. Laroque) peut recourir contre la décision de l'autorité concédante, soit devant le juge du contrat si l'autorité a agi en vertu du contrat (*C.E.*, décembre 1944. Soc. des forces motrices de la Haute-Durance. *S.*, 1946-3-12) soit devant le juge de l'excès de pouvoir si elle a agi par voie réglementaire (cf. de Font Réaulx « Les Conseils de Préfecture », T. 1, n° 60.)

le cahier des charges, de prononcer la déchéance en cas d'inexécution des obligations du concessionnaire » (19).

« Considérant que cette ligue n'avait pas qualité pour demander au Conseil de Préfecture l'annulation du contrat intervenu entre la ville de Tonneins et la Société d'Electricité, gaz et eau de Tonneins, contrat auquel elle n'était pas partie » (20).

Les tiers ne peuvent donc incriminer l'inaction de l'autorité concédante que lorsqu'elle a eu pour conséquence de paralyser leurs droits à l'exécution du contrat. Aussi, a-t-on pensé naturellement à rattacher les effets du contrat à la stipulation pour autrui (21). Nous ne ferons pas pour l'instant, ni l'exposé ni la critique approfondie de cette théorie que nous aurons tout loisir d'exposer quand nous étudierons le problème plus vaste des obligations de contracter de l'Administration (22).

On peut seulement faire remarquer dès à présent, que l'obligation qui incombe à l'autorité concédante, en vertu de l'acte de concession à une nature plus règlementaires que contractuelle, puisque, ainsi que nous venons de le voir, les tiers n'ont pas le droit d'exiger qu'elle inflige au concessionnaire des sanctions de nature contractuelle.

Comment, dès lors, ne pas rapprocher de cette obligation celle qui ordonne à l'Administration de faire respecter, par son concessionnaire, les lois et règlements en vigueur, en dehors des stipulations de l'acte de concession (23). Aussi, l'on ne peut que souscrire à cette conclusion de M. Péquignot (24) : « Il est de l'essence des contrats administratifs de produire des effets à l'égard des tiers, parce que l'Administration n'a pas stipulé dans un intérêt égoïste, mais animé par un but de service public et en vue de l'intérêt général, c'est-à-dire pour le public. Ce faisant, l'Administration a pu faire naître des droits et charges sur la tête du public, tiers par rapport au contrat, car elle jouit d'un pouvoir règlementaire qui lui permet ainsi d'imposer unilatéralement des obligations et de créer des droits ».

---

(19) *C.E.*, 24 décembre 1897. Saboulard 852.
(20) *C.E.*, 17 janvier 1936 ligue des consommateurs d'électricité 7.
(21) Concl. Romieu pour arrêt Croix de Seguey-Tivoli précité.
(22) V. *infra*, p. 292 et s.
(23) *C.E.*, 26 juin 1931, Chambre Syndicale des propriétaires loueurs d'autocars 707.
(24) *Op. cit.*, p. 571.

TITRE TROISIEME

Le droit au fonctionnement des Services Publics

Nous avons vu tout au long du Titre II que les administrés pouvaient exiger que les autorités administratives se contrôlent mutuellement et collaborent, dans la mesure où la loi et les règlements leur avaient conféré un droit à l'exécution des lois et des règlements, c'est-à-dire en somme, un droit au fonctionnement des services publics.

Ce que sont la nature et le contenu de ce droit, c'est ce qu'il nous faut maintenant étudier. Or, il s'agit là d'un problème assez complexe.

En effet, un service public ne peut fonctionner que s'il a été au préalable créé et organisé. Les administrés ont-ils un droit à cette création et à cette organisation ? Ou ne l'ont-ils que dans la mesure où le défaut de création et d'organisation est un obstacle à l'exécution de la loi, qui a prévu le fonctionnement du service à leur profit ? C'est ce que nous examinerons dans un chapitre premier, relatif au droit à la création et à l'organisation des services publics.

Ceux-ci, une fois créés et organisés, doivent, dans certaines hypothèses, fonctionner au profit des administrés. Mais ce fonctionnement peut affecter des modalités très diverses. En particulier, il convient de faire une place à part à l'exécution des travaux publics, qui soulève des problèmes spéciaux de forme et de fond. Aussi, nous nous demanderons, dans un chapitre 2, si les administrés ont droit à l'exécution des travaux publics, ce qui nous amènera à rechercher si la responsabilité de l'Administration, en l'espèce, repose ou non sur un manquement à une obligation de faire.

C'est ce même problème que nous retrouverons dans le chapitre 3, consacré au droit au fonctionnement des services publics administratifs. Là encore, nous serons obligés d'opérer des discriminations. Car, il nous faudra distinguer entre les services dit prestataires qui, aux dires de la jurisprudence, accordent le bénéfice de leur fonctionnement, de manière contractuelle, et les

autres services qui l'accordent de manière unilatérale à tout administré en situation légale d'en faire la demande. Cependant, un problème commun domine la matière. On ne peut, en effet, exiger l'exécution des services publics que si l'Administration est obligée à cette exécution. Il nous faudra dès lors essayer de déterminer le critère qui nous permettra de dire dans quel cas l'Administration ne peut justifier son refus en excipant d'un pouvoir discrétionnaire. Car, il ne peut être d'obligation de faire que lorsque la compétence de l'Administration est liée. Mais, nous verrons, en étudiant ensuite la responsabilité des autorités au cas d'abstention, que toute responsabilité pour abstention n'implique pas un manquement à une obligation de faire, dans la mesure où il est fait application de la théorie du risque, et que là où elle repose sur une faute d'abstention, il est assez difficile d'affirmer qu'elle révèle un manquement à une obligation de faire, du moins au sens qui est donné à cette notion en droit privé.

Notre étude serait incomplète si nous ne traitions pas dans un quatrième chapitre du droit au fonctionnement des services publics juridictionnels. Car, il s'agit bien là des services dont le fonctionnement est le premier devoir de l'Etat. A ce titre, il convient donc de leur faire une place dans nos développements. Mais ce qui justifie aussi cette place à part, c'est que nous nous trouvons en présence d'un régime juridique très différent de celui qui préside au fonctionnement des services publics administratifs. En effet, l'inertie juridictionnelle, bien que la plus grave de toutes les inerties des pouvoirs publics, n'engage pas, selon notre droit positif, la responsabilité directe de l'Administration, mais celle de ses agents, spécialement des fonctionnaires judiciaires. Le caractère particulier de ce régime a pour effet d'interdire au juge administratif, de connaître de ce qui a trait à l'inertie de la justice judiciaire, ce qui est une conséquence du principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires : mais le juge administratif s'interdisant en outre d'apprécier l'inertie de la justice administrative, on aboutit à ce paradoxe, que, en fait, la puissance publique étant pratiquement irresponsable en matière juridictionnelle, il n'est pas de recours contre le service qui pourtant contrôle l'activité des autres services.

CHAPIPTRE PREMIER

LE DROIT A LA CREATION ET A L'ORGANISATION DES SERVICES PUBLICS

Il arrive très souvent que les simples particuliers se plaignent de l'inexistence ou de l'inorganisation de certains services publics, qui les empêchent de bénéficier des prestations et avantages qu'ils auraient pu en retirer. Peuvent-ils exiger des pouvoirs publics qu'ils procèdent à cette création ou à cette organisation ? Tel est l'objet de ce présent chapitre.

Il ne faut pas confondre ce problème avec celui qui est relatif aux possibilités reconnues aux individus de créer eux-mêmes des services publics. En effet, dans cette hypothèse, aucune pression n'est faite sur les pouvoirs publics. Il s'agit alors de la simple application de règles de droit positif qui admettent que l'initiative individuelle puisse être créatrice de services publics. Pour M. Jèze (1), seuls les pouvoirs publics auraient le monopole de la création du service public, l'initiative publique étant la condition sine qua non de l'existence d'un service public. Cette opinion est aujourd'hui controuvée. D'abord par les faits : un établisseement public comme l'Ecole Centrale, doit son origine à l'initiative privée. Ensuite, par la jurisprudence : bien que constituée sous forme d'une association privée, l'Ecole Française de Droit du Caire est, aux yeux du Conseil d'Etat, un établissement public (2) ; c'est là un total revirement jurisprudentiel, puisqu'autrefois, la distinction des Etablissements publics et des Etablissements d'utilité publique reposait uniquement sur l'origine publique ou privée de ces organisations (3).

Mais c'est tout autre chose que de reconnaître aux administrés le pouvoir d'exiger la création ou l'organisation d'un service public. L'Etat peut, s'il le juge désirable, laisser se développer l'initiative privée, quitte à la provoquer. il a toujours, en tant que tel, un droit de contrôle (recrutement, fixation ds traitements, organisation du service), car, c'est lui seul qui a compétence pour attribuer à de pareils organismes privés les prérogatives de la puissance publique. Cela lui permet, en fin de compte, d'avoir toujours le dernier mot, puisque c'est son intervention, sa sanction qui « publicisent » l'initiative privée.

---

(1) *R.D.P.*, 1925, p. 583. Principe généraux de Droit Administratif, T. 3 (1926), p. 360.

(2) *C.E.*, 24 décembre 1937 de la Bigne de Villeneuve 1089.

(3) *C.E.*, 22 mai 1903 Caisse des Ecoles du VI^me^ arrondissement. *S.*, 1903-3-33 n. Hauriou. *D.*, 1904-3-1 concl. Romieu, cf. concl. Léon Blum. *C.E.*, 21 juin 1912 Pichat, *S.*, 1916-3-43 et *D.*, 1915-3-9. De plus l'Etat peut lui-même créer des Etablissements d'Utilité Publique : telle la Fondation Nationale des sciences politiques instituée par l'ordonnance du 9 octobre 1945 (v. Pelloux commentaire de cette ordonnance au *D.*, 1946, L. 54, col. 3).

Or, ce serait l'empêcher de dire ce dernier mot, si les simples particuliers pouvaient le forcer à créer ou à organiser un service public. Nous touchons donc ici une matière ou l'Etat conserve le plus jalousement son pouvoir discrétionnaire. Toutefois, celui-ci n'apparaît, avec toute sa force, qu'en ce qui concerne la liberté de création des services publics. Par contre si, en principe, la liberté d'organisation ne fait pas de doute, il est des cas dans lesquels les simples particuliers sont admis à critiquer certains actes d'organisation. Aussi, étudierons-nous séparément, création et organisation des services publics, ce qui nous permettra, après avoir posé le principe du pouvoir discrétionnare, d'en préciser les limites.

SECTION 1. — LA CREATION DES SERVICES PUBLICS

En faveur du pouvoir discrétionnaire des autorités publiques, on peut faire valoir un certain nombre d'arguments.

On peut tout d'abord dire que tout service public entrainant à la fois des dépenses et des restrictions aux libertés individuelles, les simples particuliers ne peuvent mettre en cause l'opportunité ou l'inopportunité de ces mesures. Par ailleurs, l'Etat, suivant une certaine doctrine, est le seul à pouvoir créer des personnes morales, non parce qu'il détient la souveraineté ce qui n'est qu'une simple constatation de fait, mais surtout parce que :

— un sujet de droit étant un procédé technique servant à la création du droit positif, cette qualité ne peut être conférée que par l'autorité dont émane le droit positif, c'est-à-dire l'Etat.

— l'Etat est seul juge de décider quels genres d'intérêts collectifs peuvent être amenés à la vie du droit.

L'acte qui confère la personnalité est en droit interne attributif, alors qu'en droit international, la reconnaissance des Etats est déclarative : car il n'y a qu'en droit interne qu'existe un organisme créateur de droit, à la charge duquel il n'est aucune obligation d'accorder la personnalité morale à quelque institution que ce soit (4).

A vrai dire, aucun de ces arguments ne nous paraît déterminant. Les simples particuliers peuvent avoir autant, si non mieux que l'Etat,conscience des intérêts collectifs. En outre, reconnaître un pouvoir discrétionnaire à l'Etat, parce qu'il est seul créateur de droit, est arbitraire. Est-il vrai, en effet, que les individus soient dépourvus de tout pouvoir créateur de droit ? Le droit privé et aussi le droit public (associations déclarées), sont là pour nous permettre d'affirmer qu'il n'en est rien. Il est certain que, d'après le droit positif, l'Etat ne peut être obligé de créer un service public. Mais, en voir la raison en cela que la personnalité morale ne peut être conférée que par lui, est à notre sens, une conception inexacte. Tout d'abord, parce que la théorie de la personnalité morale de l'Etat et de ses démembrements est discutée et discutable. Ensuite et surtout, parce qu'il y a des hypothèses très nombreuses dans lesquelles elle n'a pas à entrer en ligne de compte : lorsqu'il est demandé à une commune de créer une régie de transports en commun, au service de l'enseignement de rattacher une école de hameau à une commune, il n'est pas question de créer ici de nouvelles personnes morales,

(4) Cf. sur tous ces points Maspetiol et Laroque, *op. cit.*, p. 42.

puisque régie et école sont absorbées dans la personnalité morale, si tant est qu'elle existe, de l'Administration qui les dirige.

Seules, les règles du droit positif permettent d'expliquer, sinon de justifier, le pouvoir discrétionnaire des autorités publiques à l'égard de la création de services publics. A ce point de vue, il nous fant distinguer suivant que la création est le fait du pouvoir législatif ou du pouvoir règlementaire.

Sous-Section 1. — Création des services publics par la loi

C'est le plus souvent par la loi que sont créés les services publics primordiaux et, particulièrement, les collectivités territoriales.

Les lois des 22 décembre 1789 et 15 janvier 1790, ont divisé la France en départements : la loi du 10 mai 1938 a décidé que les modifications territoriales aux départements ne pouvaient être réalisées par une loi, principe dont on trouve une application dans la loi du 17 décembre 1871, qui, à la suite de l'annexion de l'Alsace et d'une partie de la Lorraine, créa le département de Meurthe-et-Moselle et le territoire de Belfort.

Aux termes de l'article 5 de la loi du 5 avril 1884, seule une loi peut créer une commune. Et il en est de même pour les Etablissements publics nationaux qui, d'après l'raticle 205 de la loi de finances du 13 juillet 1903, « ne peuvent être créés que par la loi qui détermine leur objet, les principes de leur fonctionnement, leur confère la personnalité civile et, s'il y a lieu, l'autonomie financière ».

Dans le même ordre d'idée, il faut citer l'article 86 de la Constitution du 27 octobre 1946, qui stipule que : « Le cadre, l'étendue, le regroupement éventuel et l'organisation des communes, départements et territoires d'Outre-Mer, sont fixés par la loi » (5).

Or, nous avons vu que l'initiative législative échappait au contrôle des simples particuliers. Le refus du vote d'une loi ou le refus de présenter une proposition de loi sont des manifestations de la souveraineté de l'organe législatif, tandis que le refus Gouvernemental de déposer un projet de loi est considéré par le Conseil d'Etat comme un acte de Gouvernement (6).

Il ne peut qu'en être de même lorsqu'il est demandé qu'une loi intervienne pour la création d'un service public, lorsque cette création ne peut être que le fait d'une loi.

C'est ainsi qu'il a été jugé qu'il ne pouvait être demandé par la voie contentieuse, ni l'érection en commune distincte d'une section de commune (7), ni la création d'un canton (8), ni l'absorption par une commune d'une partie d'une autre commune (9), ni enfin, l'érection d'un hameau en commune (10).

Le Commissaire du Gouvernement le Vavasseur de Précourt, dans ses conclusions relatives à l'affaire Prévost, a fixé excellemment les limites des possibilités des simples particuliers.

---

(5) Cf. *S.*, 1947 Lois annotées p. 574, nº 107.
(6) V. *supra*, p. 46 et 53.
(7) *C.E.*, 17 février 1888 Prévost 149 concl. Le Vavasseur de Précourt, 13 novembre 1896 Jacquot 681.
(8) *C.E.*, 25 mai 1928 Commune d'Asprières 681.
(9) *C.E.*, 20 avril 1894, Ville de Vire 261.
(10) *C.E.*, 18 janvier 1936 Néel 66.

Concluant dans le sens du rejet d'une requête tendant à l'annulation du refus du Ministre de l'Intérieur de donner suite, en présentant un projet de loi, à une demande relative à l'érection en commune distincte, d'une section de commune, le Commissaire du Gouvernement fit valoir en premier lieu, que l'initiative des lois était essentiellement libre, et que le Parlement décidait discrétionnairement de la création des communes, en vertu de l'article 5 de la loi du 5 avril 1884. Le seul droit reconnu aux administrés est celui qu'ils tiennent de l'article 3 de la loi municipale qui permet aux habitants de la commune, à condition de réunir le tiers des électeurs inscrits dans la section, et au Conseil Municipal, de provoquer une enquête destinée à éclairer l'Administration sur l'opportunité de la création d'une commune (11). Mais, c'est à l'Administration de se prononcer sur cette opportunité, et seule la loi peut venir consacrer son appréciation.

Cette possibilité de provoquer une enquête de l'Administration signifie-t-elle que le pouvoir exécutif est susceptible lorsqu'il n'a pas à déposer un projet de loi, d'être obligé à créer un service public ?

Sous-Section 2. — Création des services publics par le pouvoir exécutif

L'autorité législative n'est pas, en effet, seule compétente pour créer les services publics. Car, il ne suffit pas de créer, il faut aussi organiser, c'est-à-dire prévoir les détails de fonctionnement. Or, cela dépasse les aptitudes et est en dehors des préoccupations de l'organe législatif. De ce fait, le plus souvent, la loi se contente de déterminer les catégories de services publics, dont le pouvoir exécutif, c'est-à-dire l'Administration a, à sa charge, d'opérer les créations particulières et d'établir les règles de fonctionnement.

C'est ainsi que les communes sont chargées de créer certains services publics : la loi pose le principe et la commune procède ensuite, elle-même, à la création. De même, le Gouvernement peut être habilité, en vertu d'un texte législatif, à créer ainsi un service public : telle la loi du 9 avril 1895, qui prévoit la création d'au moins une Chambre de Commerce par département et qui laisse au Gouvernement le soin d'opérer lui-même par décret en Conseil d'Etat, après proposition du Ministère du Commerce.

De cela, on peut rapprocher la création des hospices et hôpitaux communaux, des Bureaux de bienfaisance communaux, l'autorisation des Associations syndicales, les créations d'Associations de communes et de syndicats interdépartementaux... tous actes prévus par la loi, mais où la décision appartient à l'autorité administrative.

Or, cette décision est discrétionnaire. Elle ne l'est pas lorsque ce qui est incriminé est une création et non un refus de création. L'acte de création est, en effet, susceptible de contrevenir à la loi et aux règlements attribuant compétence à une autorité qui n'avait pas pouvoir de créer un tel service, ou bien parce que le service ainsi créé de par son fonctionnement est

---

(11) Cf. *C.E.*, 6 mars 1936, Commune de Sury le Comtal 295 : arrêt relatif à l'enquête préalable destinée à fixer la circonscription d'une Commune.

susceptible de porter atteinte aux lois et aux règlements (12). En effet, par application des règles précédemment étudiées (13), les particuliers ne sont pas admis à se pourvoir contre le refus de l'Administration d'édicter un règlement général, non plus que contre le refus de l'autorité de tutelle de contraindre la collectivité qu'elle contrôle (14). Règlements généraux et pouvoir de tutelle étant les moyens ordinaires dont dispose l'Administration pour créer les services publics, les simples particuliers sont donc dans l'impossibilité d'exiger qu'elle procède à pareille création.

C'est ainsi que les administrés ne sont pas recevables à critiquer le refus d'une ville de créer, sous le régime concordataire, une paroisse (15), non plus que le refus du Conseil départemental de l'Enseignement primaire de revenir sur sa décision, qui avait rattaché un hameau à l'école d'une autre commune (16). Depuis l'ordonnance du 2 novembre 1945 (17), l'établissement et la modification de certaines circonscriptions territoriales sont désormais de la compétence de l'exécutif eu non du législatif. Celui-ci est seul compétent pour modifier la circonscription territoriale des départements, après consultation des Conseils généraux intéressés et le Conseil entendu. Mais, si les Conseils généraux sont d'accord sur les modifications prévues, la décision appartient au pouvoir exécutif par décret en Conseil d'Etat (art. 1er).

C'est suivant cette précédure que le pouvoir exécutif procède aux créations et suppressions d'arrondissements : décret en Conseil d'Etat après consultations du Conseil général (art. 2). Il en est de même pour les créations et suppressions des cantons (art. 3).

Nul doute que si jamais la jurisprudence a à se prononcer sur des refus de création ou de suppression d'arrondissements ou de cantons, ou sur des modifications à apporter aux circonscriptions départementales, elle considèrera que le refus du Gouvernement est discrétionnaire en vertu des principes que nous avons déjà exposés.

Il en sera de même à l'égard des refus de création, suppression, réunion, modification aux limites d'une commune, le pouvoir du Gouvernement étant toujours discrétionnaire, que la décision relative aux modifications territoriales de la commune, doive dépendre d'un décret en Conseil d'Etat (art. 6, al. 1) ou d'un arrêté préfectoral, si les modifications ont trait à des communes situées dans un même canton, si les Conseils municipaux et les Commissions syndicales intéressées sont d'accord et si le Conseil général a émis un avis favorable (art.5, al. 2).

Les administrés ont seulement la possibilité, à condition de réunir le tiers des électeurs de la commune, d'exiger que le Sous-Préfet ordonne une enquête sur le projet de transformation, de réunion, de création ou de suppression (art. 5, al. 2). Mais là se bornent leurs pouvoirs : car, la décision appartient, en défini-

---

(12) *C.E.*, 28 mars 1945 Devouge 64. 11 juin 1947 Blondel *D.*, 1947 Somm. 25. 15 mai 1869 Commune de la Petite Synthe 469. 12 mai 1899 Levieux. 12 mai 1905 Rocca 417. 23 juin 1911 Marchand 733. 13 juin 1913 Commune de Sin le Noble 660.

(13) V. *supra*, p. 128 et s., p. 138 et s., p. 187 et s.

(14) V. par exemple *C.E.*, 21 juin 1912 Pichat et concl. L. Blum précités: caractère discritionnaire du refus du Préfet d'autoriser une commune à accepter un legs destiné à la création d'un établissement hospitalier.

(15) *C.E.*, 19 novembre 1926, ville de Strasbourg 989.

(16) *C.E.*, 13 novembre 1924 commune de Laxou 884.

(17) *S.*, 1946. Lois annotées p. 343.

tive, à l'exécutif qui apprécie discrétionnairement l'opportunité des mesures de création, réunion, suppression et modification aux limites territoriales.

Cependant, on peut se demander s'il en est ainsi lorsque la décision par laquelle l'Administration refuse de créer un service public, a une portée individuelle et non générale. Les Associations syndicales autorisées sont des Etablissements publics, mais pour ce, elles doivent avoir été autorisées. Or, le refus de l'Administration d'accorder une telle autorisation, est absolument discrétionnaire (18) : c'est à l'Administration seule d'apprécier l'opportunité de la création d'un organisme qu'elle est destinée par la suite à contrôler très étroitement.

Les services publics nouvellement créés entrent fatalement en rapport, non seulement avec l'autorité qui les a engendrés, mais aussi avec de nombreuses autorités administratives. Le but d'un service public étant l'exercice d'une compétence, il se peut que celle-ci soit déjà, en tout ou partie exercée par un autre service. Seule l'Administration est capable d'apprécier si l'utilité d'un service rend sa création opportune, afin d'éviter la juxtaposition, la concurrence et aussi la confusion des autorités.

Tout ceci dépasse l'intérêt individuel des administrés, à qui le droit positif ne concède jamais de pouvoir exercer une action populaire. Aucune action juridictionnelle n'est possible, puisque par hypothèse, le service n'est pas créé et, qu'à ce titre, il n'a pu évidemment fonctionner, ne procurant par suite, ni avantage, ni désavantage à qui que ce soit.

Un très récent arrêt du Conseil d'Etat « Association des Sinistrés du Roubaud » (19), pourrait cependant laisser croire que les administrés ont, en certaines circonstances, droit à la création d'un service public.

A la suite des crues du Roubaud, une Association des Sinistrés se forma, qui, entre autres activités, déposa devant l'Administration une demande en indemnité destinée à réparer les dégâts causés par les crues. Sur refus de l'Administration de faire droit à sa requête, l'Association se pourvut en Conseil d'Etat, alléguant une faute de service de l'Administration qui, à ses dires, aurait du provoquer la constitution d'une Association syndicale autorisée, Etablissement public, donc service public, ayant pour but d'effectuer des travaux de curage dans le lit du Roubaud.

Le Conseil d'Etat déclina sa compétence, motif pris de ce que le litige « présentait à juger une question se rattachant à l'inexécution d'un travail public » dont il n'appartenait qu'au seul Conseil de Préfecture de connaître.

Nous ne pouvons prophétiser quelle sera la solution du litige. Selon toute vraisemblance, l'Administration sera condamnée à indemnité. Si l'on pense que sa responsabilité en matière d'inexécution de travail public repose sur la théorie du risque, sa condamnation ne signifiera pas qu'elle avait l'obligation de

---

(18) *C.E.*, 22 novembre 1907. Commune de St-Jean-de-la-Croix 844. 19 mai 1911, commune de Tréclun 394. 23 novembre 1911 Trottin 1081. V. Sardin : « La nature juridique des Associations syndicales de propriétaires », *Thèse Bordeaux*, 1939, p. 164 et s.

(19) *C.E.*, 7 mai 1947 R. p. 181.

provoquer la création d'une Association syndicale autorisée. Si, et cela nous paraît plus exact, le fondement de la responsabilité réside en une faute d'inexécution de travail public, il en sera de même, car cette faute est non le manquement à une obligation de faire, mais le manquement à une obligation d'assurer la sécurité, ce qui laisse toujours à l'Administration le choix des moyens (20). La non création d'un service public n'est alors répréhensible que dans la mesure où elle est un élément de la faute de non fonctionnement d'un service public.

Sous-Section 3. — La suppression des services publics

L'autorité compétente, pour créer un service, l'est aussi pour le supprimer. S'il est rare aujourd'hui d'assister à d'importantes suppressions collectives, comme il fut procédé par la Révolution de 1789 à l'égard des autorités de la monarchie, il arrive cependant que les lois suppriment toute une série de services : l'article 2 de la loi du 9 décembre 1905 supprima tous les établissements publics du culte, et plus près de nous, le Gouvernement Provisoire de la République Française, à partir de son installation sur le territoire national, entreprit de supprimer un très grand nombre d'organismes issus du régime de Vichy (21).

Mais le plus souvent, les services disparaissent par voie de suppression individuelle. Celle-ci doit être effectuée par l'autorité compétente pour la création du service, et selon les formes exigées pour cette création même. Toutefois, il est des exceptions à cette règle : c'est ainsi qu'une commune peut être supprimée (par disparition ou fusion), sans intervention législative, si cette opération n'aboutit pas à l'érection d'une nouvelle commune ou à la modification d'un canton ; il est alors simplement statué par décret, en Conseil d'Etat, après avis du Conseil général. La compétence législative de création peut ainsi devenir une compétence exécutive de suppression.

Il est enfin une autre forme de suppression des services publics. C'est la disparition spontanée. C'est ainsi que les Associations de commune et les Syndicats interdépartementaux sont dissous de plein droit, une fois réalisée la tâche en vue de laquelle ils étaient formés (22).

Ceci posé, la suppression, comme la création des services publics, relève du pouvoir discrétionnaire de l'Administration. Tout d'abord, parce que suppression et création peuvent être liées : la suppression de deux communes réalisée sous forme de fusion, aboutit en fait à la création d'une nouvelle commune.

Mais aussi et surtout, parce que le problème de la suppression, comme celui de la création des services publics, concerne, au premier chef, l'intérêt général et non pas les intérêts particuliers (23).

---

(20) Cf. *infra*, p. 259 et s.

(21) V. par ex. ord. 9 août 1944.

(22) *C.E.*, 15 janvier 1943, Commission administrative de l'hôpital Intercommunal d'Aulnay-sous-Bois.

(23) *C.E.*, 15 juin 1945, Commune de Tyrnu 123 : demande en suppression d'une école de hameau.

SECTION 2. — L'ORGANISATION DES SERVICES PUBLICS

SOUS-SECTION 1. — L'ORGANISATION PROPREMENT DITE DES SERVICES PUBLICS

Organiser le sservices publics consiste essentiellement à prévoir et fixer les règles de leur fonctionnement : décider s'ils seront gérés par l'Etat, les collectivités territoriales décentralisées ou les établissements publics, sous forme de régie directe ou intéressée, de concession ou de monopole. Autorités législative ou exécutive sont également compétentes pour prescrire des règles d'organisation, les premières étant, en principe, seules compétentes pour établir les règles destinées à avoir des répercussions budgétaires et pour limiter les libertés publiques, les secondes s'occupant surtout des questions de détail, c'est-à-dire de l'organisation intérieure des services.

On voit par là que les problèmes de création et d'organisation sont intimement liés. Il n'est, en effet, de création efficace que si elle est techniquement mise en œuvre. Par ailleurs, il est très difficile de déterminer exactement les limites de ces activités. Lorsque l'Administration refuse de rétablir ou de déplacer une gare, vis-à-vis du requérant qui se plaint de l'inexistence de celle-ci dans la localité où il habite, elle se refuse à accomplir une acte de création ; mais cependant le service des chemins de fer existe déjà, et il s'agit alors de décider si l'arrêt des trains est opportun à tel endroit, ce qui est, de toute évidence, un problème d'organisation. Aussi, n'est-il pas étonnant de voir le Conseil d'Etat décider dans ce cas que l'Administration décide discrétionnairement de l'établissement ou du déplacement d'une gare (24). Le principe est donc celui du pouvoir discrétionnaire des autorités publiques en matière d'organisation comme de création.

La jurisprudence du Conseil d'Etat, sans être sur ce point très fournie, permet cependant d'illustrer par quelques exemples cette constatation.

Si les simples particuliers se désintéressent, en général, de la forme que les pouvoirs publics entendent accorder à leurs services en régie, il n'en est plus de même lorsqu'il s'agit des concessions ; car en ce cas, il est des individus particulièrement intéressés à ce que cette forme d'exploitation du service public soit adoptée : nous voulons parler des éventuels concessionnaires, de ceux qui postulent l'octroi d'une concession de service public.

Or, le Conseil d'Etat a toujours été très net : personne n'a un droit à obtenir une concession (25), non plus qu'à exiger la réunion de plusieurs concessions en ses mains « Considérant qu'aux termes de l'article 31 de la loi du 21 avril 1810, plusieurs concessions pourront être réunies entre les mains du même concessionnaire, que par cette disposition, le dit article qui est placé dans la section même de la loi relative à l'obtention des concessions, a entendu réserver au Gouvernement le droit de se

---

(24) *C.E.*, 28 janvier 1864 Hachard 87. 30 novembre 1893 Epoux Mortareux 644.

(25) *C.E.*, 4 juillet 1827 Bonnelli de Serres 635. 12 janvier 1877 London and Lisbon Corte Wood Company 40. 12 novembre 1880 Océant 862.

prononcer sur la réunion des exploitations, comme s'il s'agissait d'une concession primitive » (26).

Il est une autre catégorie d'intéressés qui se plaignent très souvent devant le Conseil d'Etat de l'organisation ou de l'inorganisation des services publics. Ce sont les fonctionnaires, qui sont en effet les premiers touchés par les mesures qui visent à répartir les tâches, attribuer les emplois ou fixer les horaires des travaux.

Ici encore est reconnu à l'Administration un pouvoir discrétionnaire (27). Elle peut faire passer un fonctionnaire d'un service dans un autre (28), modifier les horaires du service (29), fixer la date des vacances (30), supprimer une commune de la circonscription de la perception à laquelle un percepteur vient d'être nommé (31), répartir à sa guise les postes entre les agents publics (32), règlementer les uniformes et les insignes des grades (33), sans qu'il soit possible de critiquer l'opportunité de ces actes (34).

L'article 20 de la loi du 19 octobre 1946, portant statut des fonctionnaires ne fait pas autre chose qu'appliquer ce principe lorsqu'elle décide que les Comités techniques paritaires où les fonctionnaires sont représentés par les délégués des Associations syndicales les plus représentatives, sont compétents pour examiner les problèmes intéressant l'organisation des services, peuvent même s'en saisir d'office et doivent être au courant des suites données à leurs propositions, mais n'ont aucunement pouvoir de décision en la matière.

Les questions d'organisation sont susceptibles aussi d'intéresser les administrés. Si l'on considère, par exemple, la loi de finances du 23 décembre 1946 (35) dont l'article 11 prévoit l'établissement d'un plan de suppression de services et de licenciement d'agents non titulaire de l'Administration, en vue de réaliser une diminution globale de cinquante mille emplois sur l'effectif du personnel en service au 1er janvier 1947, on voit aussitôt que les mesures prévues n'intéressent pas seulement les fonctionnaires qui peuvent en être atteints, mais aussi les simples particuliers qui, non seulement, en leur qualité de citoyens et d'administrés soucieux de voir allégée la machine administrative, mais aussi de contribuables désireux de voir l'Etat réaliser des économies, ont le plus grand intérêt à ce que cette réorganisation ne demeure pas à l'état de projet.

Or, en principe, les administrés ne peuvent obliger l'Administration à organiser les services publics dans le sens qui leur conviendrait. C'est ainsi qu'ils n'ont aucun droit à demander que l'autorité budgétaire alloue les crédits nécessaires pour assurer l'organisation et le fonctionnement d'un service public (36).

---

(26) *C.E.*, 20 janvier 1893 Prax 50.
(27) Mestre n. sous *C.E.*, 29 mars 1929 Gros *S.*, 1929-3-129.
(28) *C.E.*, 6 juillet 1917 Bruhat 552.
(29) *C.E.*, 8 juillet 1921 Lacroix 690.
(30) *C.E.*, 28 février 1930 Remoux 227.
(31) *C.E.*, 13 mars 1914 Wuillermoz 354.
(32) *C.E.*, 23 octobre 1946 Fenech *J.C.P.*, 1946-4-11.
(33) *C.E.*, 13 novembre 1885 Sevigny.
(34) *C.E.*, 24 janvier 1919 Fédel 85.
(35) *D.*, 1947 L. 17.
(36) *C.E.*, 15 novembre 1907 Poirier 820 concl. Teissier, cf. Jèze in *R.D.P.*, 1912, p. 29.

Mais il est une limtie à ce pouvoir discrétionnaire. S'il est la plupart du temps total, lorsqu'il s'agit d'organiser un service nouvellement créé, il n'en est plus de même lorsque l'Administration réorganise un service qui fonctionne depuis longtemps. Car, ce fonctionnement est basé sur des textes règlementaires ou légaux, en vertu desquels des droits ont pu être acquis. Par conséquent, l'Administration ne peut prendre ou se refuser de prendre une mesure d'organisation qu'à la condition d'avoir eu en vue les intérêts du service (37).

De telle sorte que le Conseil d'Etat ne déclare pas irrecevable les requêtes dirigées contre les mesures d'organisation (38), mais les admet « lorsque le requérant justifie du fait que la mesure est susceptible d'avoir une incidence sur les droits qu'il tire de la loi ou du règlement ; et l'annulation est prononcée lorsque la décision prise en dehors de l'intérêt du service, est contraire, soit à la légalité objective, soit aux droits du requérant, sort des limites dans lesquelles le Conseil d'Etat a entendu enfermer l'exercice du pouvoir discrétionnaire qui la fonde » (39).

C'est en ce sens qu'un Préfet peut déclarer nulle de droit la délibération d'un Conseil Municipal qui avait organisé le corps des sapeurs pompiers, dans le but de se soustraire aux prescriptions du décret du 10 novembre 1903 (40). De même, le Conseil d'Etat annule pour excès de pouvoir la décision d'un Ministre de l'Instruction publique qui avait créé une école mixte, en remplaçant deux écoles à une classe chacune, par une école à deux classes avec enseignement donné dans les mêmes locaux, alors que la loi du 30 octobre 1886 prévoyait le régime mixte, non comme un système pédagogique, mais uniquement pour éviter aux communes pourvues de ressources insuffisantes, la charge d'une école de filles et d'une école de garçons (41).

Le détournement de pouvoir apparaît encore plus nettement, et le Conseil d'Etat le sanctionne impitoyablement, lorsque, sous prétexte de réorganisation du service, un fonctionnaire s'est vu retiré titre et indemnité de fonction, cependant que ceux-ci étaient attribués à un autre et que la réorganisation prétendue n'était jamais effectuée (42).

Mais le contrôle du Conseil d'Etat se borne là. Il ne lui appartient pas de juger de l'opportunité d'"une mesure d'organisation. La jurisprudence relative aux refus de concession est sur ce point particulièrement nette.

Il y a excès de pouvoir à refuser une concession sous prétexte qu'il ne peut être donné suite à la demande, motif pris de ce que le demandeur voulait obtenir une concession de mines de phosphate, alors que, selon le Ministre, les phosphates n'étaient pas compris dans l'énumération de l'article 2 de la loi du 21 avril 1810 : car le Ministre a pris seul sa décision de refus alors qu'un décret en Conseil d'Etat était pour cela nécessaire,

---

(37) Cf. arrêts Wuillermoz et Remoux précités. En ce qui concerne le déplacement des fonctionnaires, v. arrêt Gros précité et *C.E.*, 24 janvier 1913 Simon *S.*, 1918-1919-3-29. 21 mai 1920 Deslandres 523.

(38) *C.E.*, 2 décembre 1931 Hilaire Darrigrand 1035.

(39) Rivero: « Les mesures d'ordre intérieur administratives », *Thèse Paris*, 1934, p. 195 et s.

(40) *C.E.*, 22 février 1907 Conseil Municipal de St-Galmier, *S.*, 1907-3-76. *D.*, 1908-3-95.

(41) *C.E.*, 12 avril 1930 Oger 470.

(42) *C.E.*, 19 juin 1946 Soulomagnon *J.C.P.*, 1946-4-133.

et que les phosphates faisaient partie de l'énumération. Mais, le Conseil d'Etat précise bien qu'il n'annule que « en la forme », l'opportunité de l'accord de concession devant être, en définitive, appréciée par l'Administration, mais selon les formes prescrites (43). Si l'erreur de droit ou le détournement de pouvoir ne sont pas prouvés, le Conseil d'Etat maintient la décision de refus de concession, qui légalement fondée, non entachée de détournement de pouvoir, relève alors exclusivement du pouvoir d'appréciation de l'opportunité de la part de l'autorité compétente (44).

Lorsque le Conseil d'Etat accorde des dommages et intérêts, ceux-ci sont dus, soit en raison d'un contrat de concession dûment approuvé, mais rompu unilatéralement par l'Administration concédante (45) ou qui obligeait celle-ci à donner la préférence à son concessionnaire lorsqu'un nouveau mode d'exploitation viendrait à être découvert (46). Mais, il n'y a pas lieu à indemnité tant que le contrat de concession n'est pas conclu (47), ce qui est bien la preuve qu'il n'y a pas de droit à obtenir une concession. Si cependant une indemnité est accordée alors que le contrat de concession n'est pas conclu, c'est en raison du caractère profitable pour l'Administration des travaux ou projets effectués par le concessionnaire éventuel. Cette indemnité est fondée alors sur la théorie de l'enrichissement sans cause : par ce moyen, l'Administration est avertie que si elle a l'intention de provoquer des travaux avec l'arrière pensée de refuser l'octroi d'une concession, pour ensuite reprendre les projets à son compte, elle ne pourra ainsi abuser de la confiance de ceux qui la sollicitent, ni profiter indûment de leur travail (48).

Il est enfin un dernier moyen pour les administrés de sanctionner le défaut d'organisation du service public. En effet, si par suite de ce défaut d'organisation, le service public se révèle inapte à fonctionner, c'est-à-dire à fournir aux administrés les avantages et prestations qu'ils sont en droit d'en attendre, ceux-ci, tant par la voie du recours pour excès de pouvoir, que par celle du recours en indemnité, peuvent mettre en demeure l'Administration de leur accorder les prestations et avantages dûs, c'est-à-dire de faire fonctionner le service et, indirectement, de l'organiser pour que ce fonctionnement puisse être réalisé (49). Il en

---

(43) *C.E.*, 24 janvier 1872 Astier 34 concl. David. 10 mars 1875 Héritiers Zegut 248 concl. David, 23 mars 1877 Merijot 318.

(44) *C.E.*, 4 mai 1917 Demoiselle Guézennec 368.

(45) *C.E.*, 14 février 1902 Blanleuil 116.

(46) Il s'agit là des très nombreux litiges qui à la fin du XIX^e^ siècle opposèrent l'Administration et les Compagnies d'Eclairage au gaz qui réclamaient en vertu de leur contrat de concession le droit d'obtenir la concession de l'éclairage électrique, alors que l'Administration accordait cette nouvelle forme d'exploitation à d'autres individus. Cf. *C.E.*, 11 janvier 1895 Gaz de Limoges 21-31 juillet 1896 Gaz et Eaux 611, 22 mai 1896 C° Continentale du Gaz 413, 10 juillet 1896 Colette 362, 1^er^ mai 1896 Ville de Cannes 353, 12 juin 1896 Ville de Montauban 465. Cf. *Recueil des arrêts du Conseil d'Etat :* 1887, p. 930, 1898 p. 914, 1900 p. 951, 1901 p. 1052, 1902 p. 908, 1906 p. 1086.

(47) *C.E.*, 19 mars 1910 C° des Chemins de fer à voie étroite de Chateaubriand à Erbray 302, 17 mars 1911 Casanova 369.

(48) *C.E.*, 22 avril 1921 Costa 397, 25 mai 1921 Audouard 308, 2 mars 1923 Paquet 219, 20 février 1935 Barrière 217. V. *infra*, p.

(49) *C.E.*, 6 juillet 1934 Société Van Outryve précité. En ce sens Waline, *Manuel élémentaire de droit administratif*, 3^me^ édit., p. 347.

est de même de toute mesure d'organisation, positive ou négative, qui porte atteinte au principe de la continuité du service (50).

Ainsi se trouve confirmée la thèse du Commissaire du Gouvernement Romieu (51) qui estimait que le pouvoir exécutif réglait discrétionnairement l'organisation des services publics, sous réserve de ne pas léser les droits des tiers et de pourvoir aux nécessités du service (52).

Sous-Section 2. — Le recrutement des fonctionnaires

Etant donné que la civilisation n'est pas encore arrivée à l'âge heureux du robot où l'Administration fonctionnera alors comme un distributeur automatique de biens et de services, les services publics ne peuvent être mis en œuvre que par leurs agents. C'est dire que le problème essentiel de l'organisation administrative est celui du recrutement des fonctionnaires publics (53).

L'Administration est-elle libre ou non de recruter, c'est-à-dire de nommer qui bon lui semble ? Ou bien est-elle soumise à certaines règles qui l'obligent à admettre comme fonctionnaires des individus qui ne sont pas de son choix ?

S'agissant de l'organisation des services publics, le pouvoir discrétionnaire de l'Administration s'impose : dans un premier paragraphe, nous examinerons sa portée et aussi ses limites, car, si le refus de recruter ou de nommer des fonctionnaires est empreint de pouvoir discrétionnaire, il n'en est pas pour autant un acte totalement discrétionnaire.

Un autre aspect du problème devra enfin être envisagé ; nous traiterons, en effet, dans un second paragraphe, de la situation personnelle des fonctionnaires de fait, c'est-à-dire des individus qui, sans titre régulier, se sont immiscés dans les services publics et dont les actes peuvent être, en certains cas, considérés comme valables (54). Mais il ne s'ensuit pas nécessairement que cette validation contribue à leur assurer la situation de fonctionnaire « de jure » : sinon, ne serait-ce pas admettre qu'un individu peut rentrer dans les cadres permanents de l'Administration, sans le consentement de celle-ci ?

§ 1. — *Le pouvoir discrétionnaire de l'Administration.*

Les autorités législatives et administratives organisent à leur guise le recrutement des fonctionnaires. Mais c'est en fait le pouvoir exécutif qui procède, dans la quasi totalité des cas, à la nomination des fonctionnaires. En vertu de l'article 3 de la loi du 25 février 1875, le Président de la République nommait à tous les emplois civils et militaires, mais ces actes étant soumis au contreseing ministériel, il ratifiait, en fait, les nominations des

---

(50) *C.E.*, 19 mai 1939 Dr Guglielmi. *S.*, 1941-3-6 : annulation par le Conseil d'Etat de la délibération de la commission administrative d'un Hôpital qui avait décidé que tous les chirurgiens pourraient opérer à l'Hôpital conformément au libre choix des malades ; car la Commission avait omis de dresser au préalable une liste de chirurgiens ayant pris l'engagement de soigner tout malade hospitalisé qui ferait appel à eux, ou de répondre d'urgence à toute réquisition de l'Administration.

(51) Concl. sous *C.E.*, 4 mai 1906 Babin, *S.*, 1908-3-110, *D.*, 1908-3-7.

(52) *C.E.*, 20 juin 1919 Jauffert 333.

(53) Cf. concl. Romieu précitées.

(54) V. *infra*, p. 493 et s.

Ministres. On conçoit dès lors que la Constitution du 27 octobre 1946 ait donné, sauf exception (art. 30-46-84), le pouvoir de nomination au chef réel de l'exécutif, le Président du Conseil des Ministres. Mais rien n'interdit au chef du Pouvoir exécutif de déléguer à un Ministre le soin de déterminer les conditions d'entrée dans un service (55).

Très souvent, d'ailleurs, les lois et règlements confèrent aux divers chefs de service, le pouvoir de nomination. Il est très normal, en effet, que celui-ci appartienne au fonctionnaire qui a la direction du service. Le principe est que le chef de service règlemente discrétionnairement le pouvoir de nomination qui lui appartient ainsi (56) ; à la condtiion, bien entendu, de ne pas porter atteinte à la compétence d'une autre autorité, si celle-ci, seule, possède en définitive ce pouvoir de nomination. Toutefois, l'autorité, dont le rôle se borne à présenter des candidats pour nomination à une autre autorité, a le droit de règlementer, comme bon lui semble, le mode de recrutement préalable à cette présentation, puisque cela laisse intact le pouvoir de nomination de l'autorité compétente (57).

L'Administration utilise les procédés de recrutement les plus divers. Le procédé primitif fut certainement la nomination au choix. Puis celle-ci fut limitée, soit par le procédé de la présentation, soit par celui des conditions légales (titres, diplômes, exercice pendant un certain temps de fonctions publiques, législation sur les emplois réservés). Le mode de recrutement, qui tend à se développer de nos jours, est celui du recrutement par voie de concours, présenté habituellement comme évitant l'arbitraire et réservant les fonctions aux plus aptes.

Mais quelque soit la préférence des candidats fonctionnaires, l'Administration choisit librement les modes de recrutement. C'est à elle seule de décider discrétionnairement de l'opportunité et du procédé de recrutement des fonctionnaires (58). Elle peut instituer un concours là où il n'y avait auparavant qu'une nomination au choix (59) ou un examen (60), décider qu'un concours sera suivi d'un autre concours (61) ou qu'un emploi sera mis au concours au moment où il deviendra vacant, alors qu'elle avait promis à un postulant de lui réserver cet emploi (62).

Toutefois, l'Administration, une fois qu'elle a opté pour un procédé quelconque, ne peut, par mesure individuelle, violer la règle qu'elle a ainsi posée : ainsi, opérer une nomination au choix, alors qu'un concours était prévu (63). Elle ne commet, par contre, aucun excès de pouvoir si la loi ou le règlement ne lui faisaient pas une obligation d'adopter tel mode de recrutement plutôt que tel autre : bien qu'habituellement certains postes soient attribués au concours, cela n'impose pas à l'Administration, sauf règle contraire, stipulant expressément que ces postes ne peuvent être

---

(55) *C.E.*, 13 juillet 1917 Muller 563.
(56) *C.E.* 1909, Rageot 707, 11 décembre 1908 Chalmette 1023.
(57) *C.E.*, 6 août 1912, Defrance, 973.
(58) *C.E.*, 1er décembre 1922-900.
(59) *C.E.*, 28 mars 1890 Drancey, *S.*, 1892-3-67, 7 janvier 1925 Cotignac 52.
(60) *C.E.*, 8 novembre 1904 Avignier 708.
(61) *C.E.*, 11 juin 1909 Sizaret 576.
(62) *C.E.*, 7 août 1903 Douriez 636.
(63) *C.E.*, 1er juin 1906 Alcindor 518, 1er décembre 1922 Grillet 899 ; 30 décembre 1921 Thirion 1135.

donnés qu'après concours, de recourir chaque fois au concours, pour opérer les nominations (64).

Il n'y a pas lieu de s'étonner d'un pareil pouvoir discrétionnaire. En effet, l'Administration nomme discrétionnairement ses agents (65) ; un refus de nomination ne peut, en principe, être attaqué par la voie contentieuse. A quoi serviraient dès lors d'exiger, par exemple, que l'Administration recrute ses agents et adopte tel ou tel procédé de recrutement, puisque en définitive, cela ne confèrerait aucun droit au candidat ?

Ce pouvoir discrétionnaire n'est, à l'heure actuelle, pas discuté par la doctrine, quelle que soit la position qu'elle adopte sur la nature de la situation du fonctionnaire. Si certains auteurs, s'appuyant sur d'anciens arrêts du Conseil d'Etat (66) estiment que cette situation est de nature cotnractuelle, ils reconnaissent cependant que l'acte de nomination est toujours discrétionnaire (67). La majorité de la doctrine contemporaine a fait, semble-t-il, une critique définitive de cette opinion : peut-on prétendre, en effet, qu'il y a contrat, alors que l'objet du contrat n'est pas déterminé, puisque la loi et les règlements peuvent, à tout instant, apporter des modifications à la situation personnelle des fonctionnaires ? Aussi, les auteurs préfèrent-ils voir dans l'acte de nomination un acte unilatéral, un acte condition, conférant à un individu le statut objectif de fonctionnaire (68).

Cette conception est du reste plus protectrice, quoiqu'il en paraisse, des droits individuels, que la conception contractuelle. En effet, l'Administration n'est pas obligée de contracter : elle ne peut être responsable que d'une faute détachable de ce refus (69). Au contraire, avec la théorie règlementaire, si l'opportunité du refus de nomination ne peut être discutée, le contrôle contentieux reste possible pour tous autres motifs.

Toutefois, il n'est pas de recours contentieux lorsque le refus opposé par l'Administration est un acte de Gouvernement : le Conseil d'Etat est incompétent pour connaître de la requête en dommages et intérêts, en raison du refus du Ministre, de présenter au Parlement une demands de crédits nécessaires à la création d'un emploi (70). Car il s'agit là du refus du Gouverne-

---

(64) *C.E.* 3 décembre 1920 Duquesnoy 1034, 26 décembre 1930 Chauveau 1119.

(65) Il n'est par contre pas question de pouvoir discrétionnaire quand le pouvoir de nomination n'existe pas. Il en est ainsi dans les hypothèses, très rares, où les fonctionnaires sont recrutés par élection, tirage au sort, ou par concours dit de nomination. Reste à savoir cependant si ces individus ont un droit à entrer au service, lors celui-ci est modifié, lorsqu'il est prouvé que le candidat ne présentait pas les conditions requises pour se présenter ou enfin lorsqu'on a découvert par la suite des faits graves sur sa moralité.

(66) *C.E.*, 7 août 1909 Winckel, *S.*, 1909-3-287.

(67) Bichoffe : « Fonction publique et contrat », *Thèse Nancy*, 1927, p. 169 et s.

(68) Bonnard : « La nature juridique de la nomination des fonctionnaires publics dans le droit positif français ». *Revista drept Public* 1930, p. 1 et s., cf. Hauriou : « Principe de droit public », p. 74 (*Théorie de la réquisition consentie*). Duguit : « Droit Constitutionnel », 2me édit., T. 3, p. 110 et s. (pour lequel la nomination est un acte unilatéral soumis à une condition résolutoire consistant dans le refus possible du fonctionnaire nommé). Garas : « La sélection des cadres administratifs », *Thèse Poitiers*, 1936, p. 75 et s. (Union, absorption de la volonté privée dans la volonté publique).

(69) V. *infra*, p. 282 et s.

(70) *C.E.*, 19 mars 1947 Panageot *S.D.J.*, mars-avril 1974, p. 46.

ment de déposer un projet de loi, qui, ainsi que nous l'avons précédemment expliqué, constitue un acte de gouvernement (71).

Mais en dehors de ces cas, le recours contentieux reste ouvert. Toutefois, il n'a aucune chance d'aboutir si le refus de nomination est fondé sur une question d'opportunité. Car seule l'Administration est compétente pour décider s'il y a lieu de pourvoir à un poste (72) et pour apprécier l'aptitude d'un candidat (73). Par conséquent, toute promesse de nomination est sans valeur et ne confère au candidat aucun droit à être nommé ni à exiger une indemnité en raison de la non réalisation de la promesse (74). S'il en était autrement, l'Administration renoncerait à exercer sa compétence et limiterait ses pouvoirs : en effet, le poste promis peut ne pas devenir vacant, un candidat plus apte se présenter, et surtout l'autorité qui a fait la promesse peut ne plus être en place. Lui reconnaître le droit de promettre un emploi, serait non seulement donner libre cours au favoritisme, mais surtout l'autoriser à empiéter sur les prérogatives de son successeur.

Un agent public est essentiellement compétent « ratione temporis », le droit privé peut valider les promesses de contrat, car la validité des conventions repose surtout sur la capacité des parties : or, un agent public n'est pas « capable » mais « compétent » et cette compétence fonctionnelle ne lui est donnée qu'en vue d'assurer la bonne marche des services publics, qui ne peut être appréciée qu'au moment présent (75).

Car le pouvoir discrétionnaire de l'Administration n'est justifié que par l'intérêt du service. Cela permet alors au Conseil d'Etat de vérifier si le refus de nomination ne repose pas. en réalité, sur toute autre considération. Et les détournements de pouvoir sont en la matière légion : c'est ainsi que constituent un excès de pouvoir les refus réitérés du Ministre de la Jusitce de présenter, à l'agrément du Président de la République, les candidats qu'un avoué lui avait successivement présentés pour lui succéder dans sa charge, alors que le Ministre a reconnu que ses refus n'avaient été qu'un moyen de supprimer l'office en essayant d'obtenir du titulaire, sa démission pure et simple (76).

La jurisprudence, relative aux refus d'admission aux concours, est particulièrement riche en la matière.

Le principe est bien que l'Administration admet discrélionnairement les candidats à concourir, car même lorsqu'une disposition règlementaire ou légale fixe les conditions d'aptitudes requises des candidats au cours, « la justification de cette aptitude ne constitue pas un droit absolu à l'inscription sur la liste des concurrents », l'Administration ayant le droit de décider, en

---

(71) V. *supra*, p. 46.

(72) *C.E.*, 10 avril 1908-401, 4 juillet 1924 Baudin 647.

(73) *C.E.*, 19 juillet 1946 Aubert (1) Morandini (2) 16 mai 1941 Honorat 85.

(74) *C.E.*, 6 octobre 1945 Turquet, *S.*, 1947-3-55 n. *P.H.*, 12 mars 1947 Dlle Chaïle Guasco, *S.D.J.*, mars-avril 1947 n° 3, p. 50, 5 février 1943 Peytal 28, 20 juin 1930 Association des Bibliothécaires français, *S.*, 1930-3-111, concl. Rivet.

(75) Cf. Jèze : « L'engagement de faire en droit public », *R.D.P.*, 1922, p. 71.

(76) *C.E.*, 22 mars 1901 Rez 321, cf., 28 juin 1946 Terracher *J.C.J.* 1947-II-3.531 n. Delpech.

fin de compte, s'il convient d'admettre chaque candidat à concourir (77).

Mais un tel refus n'échappe pas au contrôle du juge, s'il est fondé sur une erreur de droit. C'est ainsi que l'on ne peut refuser aux femmes de s'inscrire au concours de l'externat, aucun texte ne le leur interdisant (78). Par contre, dès lors qu'un candidat ne remplit pas les conditions légales d'inscription, c'est à bon droit qu'il lui a été refusé de concourir (79).

L'Administration retrouve son droit d'écarter discrétionnairement un candidat, même réunissant les conditions légales, si elle juge sa moralité douteuse (80).

Toutefois, le juge contrôle de pareilles décisions, afin de dépister les possibles détournements de pouvoir. C'est ainsi que le Conseil d'État a examiné au fond le recours d'un prêtre catholique auquel le Ministre de l'Instruction Publique avait dénié le droit de s'inscrire en vue du concours d'agrégation de philosophie des lycées et collèges. Le Ministre avait invoqué « le principe de la laïcité de l'enseignement, mis en péril par l'introduction de l'élément clérical dans l'enseignement d'État ». Le Conseil d'Etat a jugé qu'il ny avait pas détournement de pouvoir, que le Ministre n'avait en vue que des intérêts de service... c'est-à-dire la défense de l'école laïque (81).

La Haute juridiction est allée encore plus loin. On sait que par l'arrêt Camino (82) le Conseil d'Etat, après avoir affirmé qu'il n'était pas juge de l'opportunité, a décidé qu'il pouvait vérifier la matérialité des faits qui avaient motivé la mesure, et l'adéquation de celle-ci aux faits.

Dès lors, à la condition que l'inexactitude des motifs résulte des pièces jointes au dossier (83) le Conseil d'Etat se reconnaît le droit de vérifier si un refus d'admission à concourir était légitimement motivé. L'Administration doit donc fonder son refus sur l'appréciation de la moralité du candidat : elle commet un excès de pouvoir lorsque le motif de refus réside, par exemple, dans le fait qu'il était avéré qu'un candidat n'avait aucune aptitude à concourir, parce qu'il avait déjà échoué une fois (84).

En outre, tout candidat est admis à prouver l'inexactitude des faits reprochés (85).

Le Conseil d'Etat qui est tout d'abord incompétent pour apprécier la valeur des épreuves des candidats (86) se refuse donc

---

(77) *C.E.*, 23 février 1944 Chauveau 64. Cette jurisprudence infirme la thèse de M. Sibert : « Le concours comme mode juridique de recrutement de la fonction publique », *Thèse Paris*, 1912, p. 122 et s. selon laquelle il ne pourrait y avoir de refus discrétionnaire d'admission à concourir. Le concours ne devant tenir compte que des talents et des vertus, dès lors que l'individu a affirmé son loyalisme envers les institutions (restriction imprécise et dangereuse !...)

(78) *C.E.*, 21 janvier 1908 Gardé 80.

(79) *C.E.*, 29 novembre 1913 Garnier 1158, 19 décembre 1941 Sagaye, S., 1942-3-24, cf. en matière de refus d'inscription sur les listes d'emplois réservés : *C.E.*, 20 mai 1904 Berrest, 10 mars 1905 Demange, *R.D.P.*, 1905 p. 359.

(80) *C.E.*, 28 février 1934 Verdaga 277, 30 décembre 1921 Pierrard 1136, 5 juillet 1851 Rouget 498.

(81) *C.E.*, 10 mars 1912 abbé Bouteyre 453 concl. Heilbronner et 30 juillet 1920, p. 793.

(82) *C.E.*, 14 janvier 1916.

(83) *C.E.*, 10 août 1923 Leloutre 636.

(84) *C.E.*, 13 juillet 1923 Budon 573.

(85) *C.E.*, 18 juillet 1918 Ville de Saint-Etienne 739.

(86) *C.E.*, 24 février 1932. Filippi *D.M.*, 1932-208.

seulement à contrôler l'opportunité du refus. Une fois admis à concourir, puis reçu, le candidat n'a pas pour cela un droit à être nommé. Il a acquis seulement un droit à se présenter aux épreuves, et ensuite un droit à être présenté pour être nommé (87). En effet, entre les épreuves, l'Administration a toujours le droit de modifier le procédé de recrutement (88) et en définitive, elle décide librement si elle nomme ou non le candidat reçu.

Car l'individu reçu au concours pouvait ne pas remplir les conditions légales requises (89) ou les conditions de moralité voulues (90). Le service public peut avoir été aussi transformé de telle manière, qu'il n'est plus nécessaire de procéder aux nominations prévues (91). On voit par là que le Conseil d'Etat recherche les intentions de l'Administration. C'est ainsi que l'Administration a le droit de ne nommer aucun candidat reçu à un concours ; mais elle commet une illégalité, si les nominations ne sont pas faites dans l'ordre du classement (92). Sauf bien entendu si le service pubilc a été transformé, si le candidat ne remplissait pas les conditions règlementaires ou s'il était susceptible d'être exclu au moment de la nomination.

Il faut signaler enfin que l'admissibilité après concours ne confère pas aux candidats le droit d'être nommés avant un individu recruté au choix. Car, l'ordre de classement ne sert qu'à établir un rang entre les candidats, et l'Administration est, nous le savons, libre d'adopter le mode de recrutement qui lui convient (93). C'est pourquoi un candidat classé, mais non nommé, n'a pas droit à être nommé à la première vacance ; il devra passer ultérieurement à nouveau ce concours s'il postule toujours cet emploi (94) cela même si un membre du premier jury l'a assuré du contraire (95).

Cette jurisprudence si fournie prouve que le Conseil d'Etat s'efforce d'enserrer le pouvoir discrétionnaire de l'Administration dans des limites étroites. Evidemment, il ne peut qu'annuler un refus de nomination, sans pouvoir lui-même opérer cette nomination (96). Mais un refus de nomination irrégulier, sinon un refus fondé sur l'opportunité (97) peut faire naître, à la charge de l'Administration une responsabilité, si l'illégaltié est assez grave : c'est en ce sens que des dommages et intérêts ont été accordés à un individu nommé tardivement à un emploi réservé par la faute de l'Administration, qui affirmait à tort qu'il n'y avait aucune vacance dans l'emploi qu'il sollicitait (98).

---

(87) Trib. civ. Bordeaux 28 janvier 1907 cité Sibert *op. cit.*, p. 151 n. *C.E.*, 16 mai 1930 Grégo 521.

(88) *C.E.*, 7 juillet 1924 Logerat (1). Association amicale et professionnelle des expéditionnaires principaux et des expéditionnaires du personnel intérieur de la Préfecture de la Seine, 594.

(89) *C.E.*, 16 février 1912 Lemastre 234.

(90) *C.E.*, 16 mai 1930 Grégo 521.

(91) *C.E.*, 7 mars 1919 Bouscaren 244.

(92) *C.E.*, 21 juin 1918 Union générale des Agents du Service Sédentaire des Douanes 632.

(93) *C.E.*, 5 juillet 1912 Association professionnelle du personnel civil de l'Administration centrale de la marine 975, 14 octobre 1932, Marty 834.

(94) *C.E.*, 14 novembre 1919 Queinnec 821.

(95) *C.E.*, 3 décembre 1924, Mérignac 699.

(96) *C.E.*, 28 décembre 1917 Perrens 879, 3 novembre 1922 Sessac 789.

(97) *C.E.*, 16 mai 1941 Honorat 85 : une demande en indemnité doit être rejetée lorsque le requérant ne critique que l'opportunité du refus de nomination et le fait que l'emploi qu'il visait était assuré dans des conditions irrégulières — 7 août 1903 Douriez, *S.*, 1908-3-28.

(98) *C.E.*, 30 mai 1945, Boitard 109.

Pratiquement, sur le vaste terrain de l'opportunité, l'Administration est libre de choisir ses fonctionnaires « de jure ». Cette liberté de choix ne disparaît-elle pas lorsque des individus sont entrés dans l'Administration en dehors de la volonté de celle-ci ?

L'étude de la situation faite aux fonctionnaires « de facto » va nous permettre de répondre à cette question.

§ 2. — *La situation personnelle des fonctionnaires de fait.*

Les fonctionnaires de fait sont des individus, simples particuliers ou fonctionnaires qui, sans titre ou sans titre régulier, ont accompli incompétemment des actes de la fonction publique. En certaines hypothèses, ces actes peuvent être considérés comme valables (99). Mais cela autorise-t-il à dire que ceux qui les ont faits sont fonctionnaires ?

Si les éléments du statut des fonctionnaires leur sont appliqués, s'ils jouissent de la protection et des avantages accordés aux agents publics réguliers, force est alors de reconnaître qu'il est des hypothèses dans lesquelles l'Administration doit accepter l'entrée au service public ou l'exercice de fonctions publiques, de la part d'individus qu'elle n'a pas eu à choisir et que peut-être elle se serait refusée à nommer. Toutefois, il est nécessaire de bien préciser un point. Certains textes (100) répriment les atteintes portées à la fonction publique et la jurisprudence les applique, non seulement à la protection de la fonction de jure, mais aussi à celle de la fonction de fait, tout au moins si celle-ci n'est pas flagrante (101). On ne peut tirer argument de cette protection, car elle a pour but de protéger la fonction et non le fonctionnaire : un agent public qui a quitté le service est cependant protégé pour ses actes antérieurs de fonction (102), l'atteinte à la fonction étant par ailleurs appréciée, non d'après l'intention du délinquant, mais d'après l'atteinte objectivement et effectivement subie (103). Si donc un fonctionnaire de fait est ainsi protégé, ce n'est pas parce qu'il est fonctionnaire, mais parce qu'il accomplit ou a accompli des actes de la fonction publique, quels qu'aient été par ailleurs son titre ou sa compétence.

Cependant, la jurisprudence que nous venons de rappeler, peut fournir une indication. Il y aurait donc, en effet, diverses sortes de fonction de fait. Et si la distinction entre la flagrance ou la non flagrance, ne peut nous être d'aucune utilité, il y a lieu de se demander s'il ne conviendrait pas de distinguer entre le fonctionnaire de fait de bonne et de mauvaise foi.

---

(99) V. *infra*, p. 493 et s.

(100) Art. 222, 223, 224 C. Pénal. L. 29 juillet 1881 sur la presse, art. 209 *C.P.*, protection des parlementaires en matière criminelle ou correctionnelle.

(101) Cf. Nîmes 15 mars 1871. *D.*, 1871-2-29 : non répression des injures proférées à l'encontre d'un juge de paix qui ne pouvait être adjoint au Maire de la Commune de son ressort. De même il n'y a pas lieu à poursuite à l'occasion des injures adressées à un garde particulier, en dehors de la propriété confiée à sa garde (Cf. Rousseau : « Essai d'une théorie de la fonction et des fonctionnaires de fait », *Thèse Lille*, 1914, p. 188, n. 1). Par contre, si la fonction de fait n'est pas flagrante, les atteintes à la fonction publique sont réprimées : c'est ainsi que sont protégés un garde nommé avant l'âge réglementaire, un adjoint qui en l'absence de toute délégation avait cependant agi dans la sphère de ses attributions éventuelles (cf. Rousseau *op. cit.*, p. 189), les parlementaires jusqu'au prononcé de leur invalidation (C. Limoges 24 avril 1890, *S.*, 1890-2-221), sauf si l'Assemblée a refusé de prononcer leur admission (Cass. 10 avril 1847, *S.*, 1847-1-305) puisqu'à ce moment, ne pouvant pas prendre part au vote, leur incrimination ne peut porter atteinte à l'exercice de leur mandat.

(102) C. Nancy 21 mars 1876, *D.*, 1878-2-30.

En effet, s'il découle du principe que l'Administration possède un pouvoir discrétionnaire de nomination, qu'un individu ne peut être fonctionnaire sans avoir été nommé, il est cependant des cas où le Conseil d'Etat décide que l'on se trouve en présence d'un fonctionnaire alors que cependant il n'y a pas eu juridiquement de nomination.

C'est ainsi qu'il considère que doit être traité comme un fonctionnaire, l'individu qui exerce depuis plusieurs années une fonction publique et perçoit un traitement, alors même que sa nomination n'a pas été effectuée dans les formes régulières (104), celui dont l'engagement au service public a été accepté, mais non ratifié (105), ou celui qui a été irrégulièrement nommé avant l'annulation d'une nomination (106).

La jurisprudence du Conseil d'Etat s'explique, en pareille hypothèse, par le désir de ne pas faire pâtir les individus des négligences de l'Administration. Par ailleurs, ces fonctionnaires sont de bonne foi : ils se sont toujours cru « de jure » et sont parfaitement excusables d'ignorer les formalités nécessaires.

D'ailleurs, le plus souvent, il ont en fait touché leur traitement. et il n'est pas d'exemple que l'Administration ait exigé que lui soit restitué un traitement après l'annulation d'une nomination irrégulière. Mais, peuvent-ils le réclamer, s'il n'a pas été versé ? Nous ne connaissons pas de jurisprudence sur cette question. Il semble que ce traitement puisse être réclamé : on peut, en effet, tirer argument « a contrario » de décisions du Conseil d'Etat dans lesquelles un tel droit n'avait pas été reconnu, motif pris de ce que les requérants avaient en fait cessé d'exercer leur fonction (107). Le traitement étant du, dès lors qu'il y a service fait, il paraît donc normal de permettre à ces fonctionnaires d'en exiger le versement.

Il doit en être de même en ce qui concerne le droit à pension de retraite, puisque celui-ci est en quelque sorte une prolongation du traitement et surtout si des retenues, à cet effet, ont été effectuées sur le traitement (108).

Ceci nous paraît non seulement équitable, mais juridique, car la jurisprudence fait jouer à l'égard de ces fonctionnaires de fait, toutes les conséquences du statut de la fonction publique.

On peut citer, en ce sens, la jurisprudence pénale, et en tirer argument par acontrario. En effet, dans les hypothèses où elle fait application à certains individus de sanction du droit commun et non des sanctions spéciales aux fonctionnaires, elle justifie toujours ses décisions par le motif que l'auteur de l'infraction

---

(103) Crim. 11 juillet 1908. *D.*, 1910-5-15.
(104) *C.E.*, 1908 Boisseleau, 11, *C.E.*, 2 juin 1916, 214.
(105) *C.E.*, 5 juillet 1917, Petitbon 548.
(106) *C.E.*, 2 novembre 1923, 199.
(107) *C.E.*, 28 février 1908, Bergez 189, 1er juillet 1910 Valerie Catherin 542.
(108) Cependant par avis du 3 février et 21 juin 1880, le Conseil d'Etat a considéré que seul pouvait prétendre à un droit à pension l'individu qui avait exercé une fonction en vertu d'un titre régulier, cf. *C.E.*, 11 décembre 1912 Seignon 181 ; les services effectués en dehors des cadres réguliers et permanents de l'Administration ne sont pas de ceux qui donnent droit à pension. Mais *C.E.*, 2 avril 1898 Kejeune 301 : un individu nommé irrégulièrement à un poste a droit de demander que pour le droit à pension soit compté le temps durant lequel il a effectivement exercé des fonctions dans ce poste et reçu à ce titre une rétribution ayant le caractère d'un traitement, et a subi les retenues fixées par la loi.

n'avait jamais eu l'apparence du titre de fonction publique (109). C'est dire que s'il avait eu cette apparence, les peines prévues à l'encontre ds fonctionnaires auraient été prononcées.

Enfin, les sanctions disciplinaires peuvent être appliquées aux fonctionnaires de fait. M. Jèze estimait que cela était impossible parce qu'un fonctionnaire « de jure » n'était plus soumis au pouvoir disciplinaire lorsqu'il était hors du service, même pour les actes commis pendant qu'il y était (110). Cette opinion est controuvée par la jurisprudence : un secrétaire de Mairie de fait depuis un an, non nommé régulièrement par le Maire, a, selon le Conseil d'Etat, le droit d'exiger la communication de son dossier, ce qui signifie que les fonctionnaires de fait sont soumis au pouvoir disciplinaire de l'Administration (111).

Ainsi donc, il semble que les fonctionnaires de fait de bonne foi, puissent être considérés comme fonctionnaires de jure. L'Administration n'a pas le droit d'invoquer pour sa défense les irrégularités qui sont de son fait : ses négligences dans l'exercice de son pouvoir de nomination sont ainsi justement sanctionnées.

Mais il doit en être autrement lorsque le fonctionnaire de fait n'est pas de bonne foi.

Il se peut, en effet, qu'un individu ait commis le délit d'usurpation de fonctions prévu par l'article 197 du Code Pénal, tel celui qui continue à agir comme un fonctionnaire après avoir reçu la notification officielle de l'acte lui enlevant le droit d'exercer ses fonctions (112) ou celui qui, élu ou nommé à temps, continue à faire acte de fonctionnaire après avoir été remplacé (113), ou celui enfin dont la nomination n'est qu'un simulacre (114). Tout individu qui sciemment, en l'absence de tout titre, fait un acte de fonction publique, relève en principe des pénalités prévues par l'article 258 du Code Pénal, tel l'adjoint qui procède à un mariage, alors que le Maire n'était ni absent, ni empêché (115) Peu importe s'il est fonctionnaire « de jure » par ailleurs compétent pour accomplir d'autres actes.

L'usurpateur de fonction qui sait pertinemment qu'il est tel, parce qu'il a commis un délit, n'est jamais dès lors considéré comme un fonctionnaire. Il ne s'impose pas juridiquement à l'Administration à qui, très souvent d'ailleurs, il a essayé de faire échec (116). Une pareille solution ne pourrait être validée que par un coup d'Etat ou par une révolution, c'est-à-dire par un renversement de l'ordre politique ou social, qui fatalement d'ailleurs, conservera les règles relatives à l'usurpation de fonctions, non seulement comme un moyen de luttes contre ses adversaires, mais surtout parce que tout nouveau régime finit par oublier ses origines et par tendre à la stabilité juridique.

Mais le délit d'usurpation de fonctions doit avoir été consommé sciemment et volontairement. Il faut qu'il y ait eu intention d'agir contre les Pouvoirs publics. Or, très souvent, les individus ont agi en vue de servir le bien public : remplacer une

(109) C. Bourgès 30 décembre 1870, *D.*, 1871-2-226.
(110) Jèze *R.D.P.*, 1910, p. 53, *R.D.P.*, 1911, p. 61.
(111) *C.E.*, 12 janvier 1923 Menguy 32.
(112) Cass. 12 mai 1894, *D.*, 1899-1-548, Douai 31 janvier 1931, *S.*, 1932-2-167.
(113) Garçon : « Code Pénal annoté », art. 197, n° 24.
(114) Répert. Droit Adm. Bequet V° Fonctionnaire n° 163.
(115) Trib. Châteauroux 19 juillet 1850. *D.*, 1852-2-133.
(116) Motif relevé par C. Douai, 31 janvier 1931 précité.

Administration défaillante ou impuissante, créer un bien dont elle profitera... ils n'ont pas cherché à usurper une fonction, mais à l'exercer pour le bien de tous, en ignorant même parfois qu'ils faisaient acte de fonction publique. Aussi, les sanctions pénales ne leur sont-elles pas applicables (117).

Mais cela ne signifie pas pour autant qu'ils peuvent bénéficier du statut de fonctionnaire. D'autant, par ailleurs, que la plupart d'entre eux ne cherchent aucunement à s'imposer à l'Administration.

Le Conseil d'Etat se refuse ainsi à leur reconnaître tout droit à un traitement quelconque.

Lorsque par la faute d'un fonctionnaire, incompétent pour prescrire certains actes, l'Administration a du consentir une indemnité à un entrepreneur qui avait exécuté des travaux supplémentaires, à elle profitables, le Conseil d'Etat refuse pour ces travaux tout droit à honoraires à l'architecte municipal qui les dirigeait (118).

Toutefois, le fonctionnaire de fait a pu toucher le traitement de celui qui aurait dû être nommé à sa place : il n'a le droit de le conserver que s'il peut prouver le caractère alimentaire des échéances du traitement encaissé (119).

Le fonctionnaire de fait ne peut dès lors prétendre qu'à l'obtention d'une indemnité et non d'un traitement : cette indemnité est la sanction de la négligence de l'Administration qui a laissé en fonction un individu sans titre : dans un arrêt Bergeon (120), le Conseil d'Etat refusa le droit à traitement, mais reconnut un droit à indemnité, au préposé d'un octroi supprimé, mais qui avait continué ses services pour divers travaux d'écriture. Il y a une très grande différence, en effet, entre le traitement et l'indemnité : celle-ci est fixée « ex-æquo et bono », alors que le traitement est fixé par des règles générales et impersonnelles : spécialement dans l'affaire Bergeon, le traitement des employés d'octroi s'élevait à 125 francs par mois, alors que l'indemnité relative aux mois supplémentaires accomplis hors fonction, ne fut que de 50 francs par mois. Mais il en est autrement lorsque une négligence ne peut être reprochée à l'Administration : aucune indemnité n'est alors dûe, ce qui est un excellent moyen d'empêcher les immixtions indésirables dans les services publics (121).

Si bien qu'il semble que l'on peut ainsi conclure :

1° Lorsque l'Administration a fait une nomination sans valeur juridique, mais a laissé un individu exercer en fait des fonctions publiques, celui-ci doit être considéré comme un fonctionnaire.

2° Il n'y a pas lieu, par contre, de considérer comme fonctionnaire celui qui a usurpé une fonction publique, ou qui a exercé sans titre et sciemment une fonction publique, mais dans le but de servir l'intérêt général : dans ce dernier cas seulement, une indemnité pourra être allouée comme sanction de la négligence de l'Administration, qui aurait pu ou dû s'opposer à la continuation de l'exercice irrégulier de la fonction publique.

---

(117) C. Bordeaux, 10 janvier 1851. *D.*, 1851-2-52.
(118) *C.E.*, 17 juin 1910 Commune de Verfeuil 482.
(119) *C.E.*, 24 février 1912 Vignerte 257.
(120) *C.E.*, 9 juin 1899-415, cf. par analogie, *C.E.*, 1er juillet 1901 Nivaggioni 536.
(121) *C.E.*, 28 juillet 1926 Mattéï 800.

CHAPITRE II

LE DROIT A L'EXECUTION DES TRAVAUX PUBLICS

Une fois créés et organisés, les services publics sont prêts à fonctionner. Or, si pour certains le fonctionnement n'a de raison d'être qu'en fonction de la construction et de l'entretien d'ouvrages (Ponts et Chaussées, par exemple), pour la quasi totalité, un fonctionnement convenable n'est assuré que par la possession d'ouvrages, quand ce ne serait que les immeubles dans lesquels ils exercent leur activité.

Les administrés intéressés au fonctionnement à leur profit de ces divers services, peuvent-ils exiger que ces ouvrages soient construits ou entretenus ? L'Administration est-elle débitrice à leur égard d'une obligation de faire, ou simplement responsable lorsqu'un dommage a été causé par l'inexécution d'un travail public ?

Nous nous trouvons, en effet, en présence d'un régime très spécial, appliqué à certains travaux effectués par les pouvoirs publics. Régime qui s'explique par l'importance de ces travaux, destinés à l'usage de tous ou à l'utilité publique et la nécessité de n'en pas faire supporter un poids excessif aux contribuables qui, indirectement, les paient.

A l'heure actuelle, doctrine et jurisprudence s'accordent à reconnaître qu'il y a un travail public, dès lors qu'il y a travail portant sur la construction ou l'entretien d'un immeuble et effectué pour le compte d'une personne administrative, dans un but d'intérêt général. Ces trois conditions sont nécessaires et suffisantes.

Aussi, n'est-il pas besoin de distinguer entre le travail public au sens actif du terme et l'ouvrage public, qui en est la conséquence. (Mais tout travail public n'aboutit pas toujours à un ouvrage public, et quelque fois même aboutit à la construction d'ouvrage privé : telle la concession de créments futurs).

En outre, peu importe que le travail ait été accompli par un simple particulier : il est public dès le moment où il a été exécuté en vue de l'intérêt général (1), même s'il ne l'a pas été sur le domaine public et pour un service public déterminé.

Mais la définition que nous venons de donner est une définition positive. Vaut-elle aussi pour l'inexécution d'un travail immobilier d'intérêt général par l'Administration ? Car ici, ce qui, au premier chef, paraît susceptible d'être mis en cause, c'est l'inertie du service public qui n'a pas construit ou entretenu un ouvrage public. Au premier abord, le dommage paraît imputable au non fonctionnement du service, et non pas à l'ouvrage qui,

---

(1) *C.E.*, 22 janvier 1928, de Sigalas, *S.*, 1928-3-113 concl. Josse n. Hauriou.

dans certains cas, peut ne pas exister. Un concessionnaire de travaux publics, telle autrefois une compagnie de chemin de fer, peut à la fois se voir reconnaître le droit d'exécuter un travail public, d'occuper l'ouvrage public ainsi créé, et enfin d'exploiter le service qui peut en résulter : or, cette exploitation l'amènera fatalement à exécuter de nouveaux travaux, à construire de nouveaux ouvrages. On voit par là qu'il est un point par lequel les notions de travail public et de service public se juxtaposent et même se confondent.

Il nous faut donc nous demander si l'inexécution d'un travail public est soumise aux mêmes règles que l'exécution d'un travail public. Il fut un temps où la jurisprudence considérait que les règles spéciales de compétence, ne lui étaient pas applicables, en sorte que le droit commun, en matière de responsabilité des services publics, recouvrait son empire. L'inexécution d'un travail public était alors considéré comme une simple modalité du défaut de fonctionnement d'un service public.

Cette jurisprudence a aujourd'hui changé : il n'est plus fait en ce qui concerne la compétence, de distinction entre exécution et inexécution d'un ouvrage public. Cela signifie-t-il que le fondement de la responsabilité de l'Administration est dans les deux cas, identique ?

Aussi, après avoir étudié, dans une première section, les règles de compétence en matière d'inexécution d'un travail public, nous essaierons de déterminer, dans une deuxième section, le fondement de la responsabilité de l'Administration pour inexécution d'un travail public.

SECTION I. — LA COMPETENCE EN MATIERE D'INEXECUTION D'UN TRAVAIL PUBLIC

Aux termes de l'article 4 de la loi du 28 Pluviose An VIII, la compétence en matière de dommages, résultant de travaux publics, appartient aux Conseils de Préfecture, avec appel devant le Conseil d'Etat. Mais il est des cas où les tribunaux judiciaires se proclament compétents, ce qui a nécessité parfois l'intervention du Tribunal des Conflits. Aussi, l'unité de compétence n'est-elle pas absolue. Il est donc nécessaire d'examiner la jurisprudence des juridictions que nous venons de citer, afin de savoir si elles adoptent un point de vue commun sur le problème de l'inexécution des travaux publics.

Sous-Section 1. — La jurisprudennce administrative

Par un arrêt Drouard (2), le Conseil d'Etat affirma que les Caonseils de Préfecture étaient incompétents pour connaître des demandes en indemnités fondées sur les dommages résultant de l'inexécution d'un travail public. En l'espèce, il fut décidé que le défaut d'entretien d'un chemin vicinal où passait souvent le bétail et qui avait été la cause de la dégradation d'un mur privé, était imputable à la négligence de la commune qui devait être appréciée selon les règles de droit commun.

Or, à l'heure actuelle, la jurisprudence administrative a opéré

(2) *C.E.*, 12 janvier 1870. R. p. 18 concl. Bayard.

un revirement complet et nombreux sont les arrêts où l'on peut lire que le dommage « se rattachant à l'exécution ou à l'inexécution d'un travail public », le Conseil de PPréfecture est compétent pour connaître de la demande en réparation (3).

Comment expliquer cette évolution ?

Lorsque le dommage était dû à un défaut d'entretien d'un ouvrage public préexistant, il apparut d'assez bonne heure (4) que ce genre d'inexécution était susceptible d'être sanctionné par les Conseils de Préfecture. Aujourd'hui, pareils défauts d'entretien forment la monnaie courante des demandes en indemnités devant ces tribunaux.

Par contre, il fallut plus longtemps, et ce ne fut pas sans hésitations, pour faire admettre que le défaut de signalisation du danger que pouvait comporter un ouvrage public, n'était pas analysable uniquement en une faute de service public. Le Conseil d'Etat jugea ainsi que le fait pour l'Administration de n'avoir su interdire la circulation sur un pont en mauvais état, était une faute de service public, dont le Conseil de Préfecture n'avait pas à connaître (5).

Car le dommage pouvait paraître du essentiellement à une faute de négligence du service public, chargé de l'exploitation de l'ouvrage public. Le Conseil d'Etat estima néanmoins que les Conseils de Préfecture étaient compétents, le dommage pouvant être rattaché au fonctionnement de l'ouvrage lui-même. Il en a été ainsi décidé, à propos d'une inondation due au défaut de fonctionnement d'une pompe d'épuisement (6), de l'échouement d'une péniche, par suite de l'insuffisance d'un plan d'eau d'un canal, qui provenait du fait que les ouvrages nécessaires à l'alimentation en eau n'avaient pas été mis en fonctionnement en temps utile (7), d'une épidémie de fièvre typhoïde imputable à la négligence d'une commune qui n'avait pas pris les mesures nécessaires pour empêcher la pollution des eaux d'égout (8).

Toutefois, il restait encore un point de résistance. Le Conseil d'Etat appliquait toujours la théorie de la faute de service, ce qui excluait la compétence des Conseils de Préfecture, lorsque le dommage ne pouvait être imputé à un ouvrage public préexistant. Le Conseil de Préfecture n'était compétent, ainsi que l'expliquant Laferrière (9), que si le fait relevé comme dommageable n'était pas le fait négatif d'inexécution du travail, mais le fait très positif de mauvais état et de défectuosité de l'ouvrage. Il en était autrement si le dommage provenait par exemple du manque de garde corps au bord d'une route longeant un ravin (10), de l'absence de parapet d'un pont (11), du heurt d'une pierre détachée de la rive d'un cours d'eau canalisé, constituant déjà par lui-même un ouvrage public (12). Et lorsque le Conseil d'Etat

---

(3) V. par ex. : *C.E.*, 15 juillet 1927. Schneider 798, 11 janvier et 8 février 1939 Ministre des Travaux Publics 12-72.
(4) V. n. anonyme sous *C.E.*, 24 juin 1840 Hindenlang 176.
(5) *C.E.*, 28 mars 1885 Ministre des Travaux Publics 398.
(6) *C.E.*, 26 juillet 1929 Commune de Chailly-en-Brieu 888, *D.*, 1930-3-1 n. Appleton.
(7) *C.E.*, 22 novembre 1929 Fortier 1024.
(8) *C.E.*, 7 juin 1935 C° Générale des Eaux.
(9) Traité de Juridiction Administrative 2me édit. T. 2, p. 163-164.
(10) *C.E.*, 1er août 1914 Malleville 1009.
(11) *C.E.*, 27 mai 1898 Blot 442.
(12) *C.E.*, 23 décembre 1929 Neyt 1117.

prescrivait une enquête pour déterminer la nécessité de la construction d'un ouvrage, il s'agissait toujours de savoir si un ouvrage public déjà existant s'avérait suffisant ou exigeait au contraire d'être complété par des travaux ayant pour but d'assurer la sécurité des administrés (13).

Mais la compétence du Conseil de Préfecture était repoussée du moment que la demande en indemnité était fondée sur un dommage résultant de l'inexécution de travaux publics en un endroit où, selon le requérant, une exécution eut évité l'accident : ainsi le fait pour un bateau d'avoir, dans une rivière navigable, rencontré un obstacle naturel là où l'Administration n'avait effectué aucun travail public, constituait une carence, une faute de service qu'un Conseil de Préfecture, juge des dommages de travaux publics, ne pouvait apprécier (14).

Cette jurisprudence a été transformée par l'arrêt Robin (15).

Décision particulièrement nette parce que le Conseil tranche simplement la question de compétence. Une péniche avait heurté en un point où la Seine était naturellement navigable, une roche non signalée. La Seine n'étant pas un ouvrage public, le requérant s'adressa directement au Conseil d'Etat pour qu'il lui soit alloué une indemnité, fondée sur la faute d'omission du service qui n'avait pas balisé la roche. Or, les opérations de balisage constituent des travaux publics. En foi de quoi, le Conseil d'Etat se déclara incompétent « Considérant que l'action du requérant fondée sur l'obligation qui incomberait à l'Etat d'opérer le balisage de tous les obstacles naturels constituant un danger pour les usagers de la rivière navigable, présente à juger la question de savoir si le dommage subi par le sieur Robin se rattache à l'inexécution par l'Administration d'un ouvrage public, nécessaire, suivant les prétentions du demandeur, pour assurer, en ce qui concerne la sécurité de la navigation sur la Seine, l'aménagement du cours de cette rivière ; que le litige soulevé par le requérant rentre dans la compétence attribuée au Conseil de Préfecture par l'article 4 de la loi du 28 Pluviose An VIII ; que dès lors, il n'appartient pas au Conseil d'Etat d'en connaître en premier ressort ».

Ainsi était nettement affirmé que l'inexécution d'un travail public, même n'ayant pas pour objet un ouvrage public préexistant, n'était pas analysable en une faute d'omission de service public, et par conséquent, était de la compétence des Conseils de Préfecture. Depuis l'arrêt Robin, cette jurisprudence ne s'est jamais démentie.

M. Ettori, dans ses conclusions sur l'affaire Robin, avait déclaré : « Le domaine de la faute se restreint, celui du risque s'accroit ». L'extension de compétence des Conseils de Préfecture pouvait en être la preuve. Mais encore fallait-il que, suivant les termes du Conseil d'Etat, le dommage « se rattache à l'inexécution par l'Administration d'un ouvrage public nécessaire ». Or, c'est ce lien de rattachement qui est difficile à préciser : c'est

---

(13) *C.E.*, 10 mai 1907 Département de la Dordogne 438.

(14) *C.E.*, 17 février 1859 Oger 142, 18 avril 1902 Brugalais 282, 28 juillet 1911 C° d'Assurances la Foncière 917, 5 juillet 1918 Caillaux 673, 11 février 1921, Ministre des Travaux publics 164, 25 juin 1924 Glen Line 603.

(15) *C.E.*, 18 décembre 1931. *R.D.P.*, 1932, p. 94, concl. Ettori, *D.*, 1932-3-33 n. Appleton.

sur cette question délicate que les jurisprudences administratives et judiciaires s'opposent.

Sous-Section 2. — La jurisprudence judiciaire

En vertu de la jurisprudence administrative, la notion de faute de service paraît pouvoir être absorbée dans celle de dommage de travail public, chaque fois qu'il existe un lien quelconque entre l'inexécution et le travail public. Cette jurisprudence paraît avoir correspondu au souci d'ôter le plus possible de cas à la compétence des tribunaux judiciaires, en même temps que de protéger les intérêts des administrés, à une époque où la responsabilité de la puissance publique n'était encore qu'embryonnaire et spécialement la responsabilité pour faute moins évoluée que celle résultant des dommages causés par des travaux publics. Par ailleurs, la compétence des Conseils de Préfecture étant admise sans discussion pour les dommages aux immeubles, il semblait normal, des faits identiques d'inexécution pouvant atteindre les personnes et les meubles, d'unifier la procédure dans l'intérêt des particuliers. Enfin, il est probable que le Conseil l'Etat a cherché à désencombrer ses rôles en rejetant sur les Conseils de Préfecture des affaires, que, juge d'attribution, il ne pouvait connaître, s'agissant de fautes de services, et où le Conseil d'Etat s'efforçait de trouver un lien, souvent lâche, avec une opération de travaux publics.

Toutefois, cette jurisprudence a abouti à une unification de compétence, ce qui du point de vue des justiciables est un avantage appréciable.

Or, si la jurisprudence judiciaire admet la compétence des Conseils de Préfecture, tant au cas d'inexécution des travaux publics (16) qu'à celui de défaut d'entretien (17), elle la dénie, par contre, s'il n'existe pas de lien direct unique ou indivisible entre l'inexécution et le dommage (18), alors que par exemple, le Conseil d'Etat voit un rapport suffisant pour justifier la compétence du Conseil de Préfecture entre l'inexécution par l'Administration de travaux de curage dans le lit d'un cours d'eau et le fait qu'elle n'a pas provoqué la constitution d'une association syndicale autorisée, ayant pour but d'effectuer ces travaux (19).

Ainsi, la compétence judiciaire est affirmée, non seulement lorsqu'il s'agit d'une faute personnelle d'un agent public, d'un concessionnaire ou d'un entrepreneur de travaux publics, ce qui est normal (20), et il y a faute personnelle dès qu'elle peut être appréciée isolément dès que le dommage n'a pas sa cause unique

---

(16) Douai 6 novembre 1899, *S.*, 1902-2-137 n. E.H. Perreau.

(17) Cass. 27 janvier 1925. *S.*, 1925-1-271.

(18) Req. 25 mai 1930. *D.H.*, 1930-267. Cv 30 mai 1944. *D.*, 1954-1-31. Req. 15 janvier 1941. *S.*, 1941-1-12 Lyon 24 juin 1946. *D.*, 1947. Somm. 26. Douai 24 octobre 1938. *D.H.*, 1939 Somm. 10.

(19) *C.E.*, 7 mai 1947 Association des Sinistrés du Roubaud. 181.

(20) Toutefois il faut noter que la loi du 28 Pluviose an VIII art. 8 donne compétence aux Conseils de Préfecture pour connaître des torts et dommages « procédant de fautes personnelles de l'entrepreneur ». En outre, il peut paraître abusif de considérer qu'il y a faute personnelle dès que l'entrepreneur a agi sans ordre ou autorisation de l'Administration, car cette inertie même de l'Administration peut avoir été la cause première du dommage et constituer une faute de direction ou de surveillance.

et indivisible dans le travail public (21), mais aussi dès que le lien de rattachement à l'inexécution d'un travail public est trop lâche.

Mais la Cour de Cassation a porté une autre atteinte, singulièrement plus grave à la compétence du principe des Conseils de Préfecture. Elle décide, en effet, que lorsque l'inexécution d'un travail public est dûe à la négligence d'un concessionnaire, une pareille faute dans l'exploitation du service, relève de la censure des tribunaux judiciaires, en vertu de leur compétence à connaître de tous les litiges entre les concessionnaires et usagers du service : « Attendu que si par application de l'article 4 de la loi du 28 Pluviose An VIII, l'autorité judiciaire était compétente pour connaître du dommage en tant qu'il aurait eu pour cause unique ou individuelle, la façon dont le travail public avait été exécuté, il en était autrement si comme l'alléguait le demandeur, ce dommage était aussi une conséquence de la faute que la Compagnie aurait commise dans l'exploitation de sa concession, en n'éclairant pas les abords de la station. Attendu que ce fait d'exploitation était susceptible d'être apprécié isolément sans que l'autorité judiciaire eut à s'immiscer dans l'exécution du travail public » (22).

Le Tribunal des Conflits estime, comme les tribunaux judiciaires, que la compétence est administrative chaque fois que la demande se rattache par un lien indivisible à l'exécution ou à l'inexécution de travaux publics » (23).

Par ailleurs, s'il est prouvé que l'accident a sa cause dans une faute d'exploitation commise par un concessionnaire, le Tribunal des Conflits décide que la compétence est alors judiciaire, du moment que l'accident ne se rattache en aucune façon à l'exécution ou à l'entretien d'un travail public, mais résulte d'un fait d'exploitation (24).

Il est enfin un dernier point sur lequel l'opposition des jurisprudences administrative et judiciaire, reste vive. C'est le cas dans lequel l'inexécution d'un travail public constitue une faute pénale.

En effet, l'inexécution d'un travail public peut consister en homicide ou blessure par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou inobservation des règlements (art. 319-320 Code Pénal), en incendie aux propriétés mobilières ou immobilières, lorsqu'il a sa cause dans un défaut d'entretien ou de réparation (art. 458 Code Pénal) ou, enfin, en mort ou blessures données involontairement aux animaux ou bestiaux d'autrui (art. 479 Code Pénal).

Si la faute pénale est analysable en une faute personnelle, les tribunaux judiciaires sont compétents, bien qu'elle ait été commise à l'occasion d'un travail public. Cela ouvre à la victime un recours contre le concessionnaire ou l'entrepreneur de travaux publics, si l'auteur de l'accident est un de leurs préposés.

Mais la victime peut vouloir demander une indemnité, non pas pour faute personnelle, mais pour inexécution d'un travail public.

---

(21) Cv. 5 mai 1913. *D.*, 1913-1-543.

(22) Cv. 25 novembre 1902. *S.*, 1903-1-529 cf. *C.*, Montpellier 10 octobre 1945. *D.*, 1946. J. 127. Req. 14 janvier 1946 (*J.C.P.* 1946-4-38 v. Savatier « Traité de la responsabilité civile », T. 2, n° 518.

(23) *T.C.*, 11 juillet 1891 Lagrave 544.

(24) *T.C.*, 31 mai 1913 Riby 606, 13 janvier 1917, Guien 47.

Le Conseil d'Etat considère que le Conseil de Préfecture demeure compétent dès lors qu'aucune faute personnelle n'est invoquée et qu'il s'agit de dommages de travaux publics (25).

La Chambre des requêtes et la Chambre civile de la Cour de Cassation retiennent par contre la compétence judiciaire lorsque l'action est dirigée contre un entrepreneur, un concessionnaire ou un de leurs agents (26).

Mais la Chambre Criminelle de la Cour de Cassation applique aussi cette solution aux actions dirigées contre l'Administration, en vertu de cette idée, que, d'une part, les agents de l'Administration lui sont unis par des liens de préposé à commettant (art. 1384 Code civil) et que, d'autre part, l'action civile ayant de par la loi (art. 2 et 3 C. J. C.) son sort lié à celui de l'action publique, les Tribunaux judiciaires sont compétents à l'égard des personnes morales administratives citées comme civilement responsables des fautes de leurs agents (27)

Le Tribunal des Conflits pour sa part est d'accord avec la jurisprudence judiciaire, lorsque l'auteur du délit commis lors d'une opération de travail public est poursuivi correctionnellement (28). Il admet également la compétence judiciaire, si l'action est dirigée contre un entrepreneur ou un concessionnaire de travaux publics, pour les faire déclarer civilement responsables de la faute de leur préposé (29).

Mais le Tribuanl des Confltis n'a pas adopté une attitude aussi définitive et ferme en ce qui concerne le cas où l'action est dirigée contre l'Administration elle-même.

En effet, après avoir décidé que le juge administratif demeurait compétent pour connaître des actions fondées sur des dommages causés par l'inexécution délictueuse d'un travail public (30), il opéra un revirement subit et total dans l'arrêt Mélinette (31). Un accident avait été causé par un camion opérant le ramassage des ordures ménagères : son conducteur l'avait abandonné un instant, rangé en bordure d'un trottoir ; mais les freins étant insuffisamment serrés, le camion avait roulé le long de la rue en pente et blessé la dame Mélinette. Le Tribunal des Conflits considéra que les tribunaux judiciaires devaient demeurer compétents, l'action civile n'étant pas rattachée par un lien indivisible à l'exécution d'un travail public, et le service d'enlèvement des ordures ménagères fonctionnant dans les mêmes conditions qu'un service public industriel et commercial dont le contentieux appartient aux tribunaux judiciaires. De telle sorte que le conducteur du camion pouvait être assimilé à un préposé de l'Administration, celle-ci en sa qualité de commettante étant alors responsable des agissements délictueux de ses préposés. Mais, un an plus tard, le Tribunal des Conflits revint à ses positions primitives et abandonna la jurisprudence Mélinette. Par les arrêts Verbanck et Mabille (32) il décida, en effet, que l'auteur de l'infraction pénale

---

(25) *C.E.*, 22 mai 1912. Veuve Augé-Chiquet 600, 16 juillet 1914, Baouet 882 D. 1920-3-3 concl. Blum n. Appleton.

(26) Cv. 27 novembre 1918 C° des Tramways de Nice. *S.*, 1921-1-353. n. Mestre. Req. 2 mai 1927 C° Lebon, *S.*, 1927-1-272.

(27) Crim. 23 janvier 1914 Mesurerur. *G.P.*, 1914-1-540.

(28) *T.C.*, 2 mai 1914 Provost 531.

(29) *T.C.*, 23 mai 1927 Devisse R. p. 591. *S.*, 1927-3-955.

(30) *T.C.*, 8 novembre 1902. Loquen 649. 21 novembre 1928 Jagarde 1208.

(31) *T.C.*, 11 juillet 1933. *S.*, 1933-3-97. Concl. Rouchon-Mazerat n. Alibert.

(32) *T.C.*, 27 novembre 1933. Verbanck, 9 février 1934 Mabille.

devait être déféré aux tribunaux répressifs, mais que la personne administrative civilement responsable, n'était justiciable que des tribunaux administratifs et spécialement du Conseil de Préfecture en première instance.

Ces contradictions jurisprudentielles semblent répondre à un souci de protection des intérêts des administrés plutôt qu'à un souci de logique juridique. En effet, si l'on doit admettre la compétence judiciaire chaque fois que l'inexécution d'un travail public s'analyse en une faute pénale, il faudrait aussi l'admettre chaque fois que les conditions de l'infraction pénale sont réunies, même s'il n'y a pas eu poursuites répressives.

En réalité, la Cour de Cassation veut éviter aux justificables d'ouvrir deux instances différentes et lui permettre d'intenter l'action civile devant le juge répressif chargé de la poursuite pénale.

Mais cela n'aurait-il pas une autre signification ?

Ne pourrait-on pas y voir le désir des tribunaux judiciaires de fonder la responsabilité de l'Administration, du concessionnaire ou de l'entrepreneur de travaux publics sur la faute, ou plus exactement, sur la présomption de faute ?

M. Appleton pensait (33) que l'unité de compétence des Conseils de Préfecture pour tous dommages résultant des travaux publics, ne pouvait s'expliquer que si l'on admettait que la responsabilité de l'Etat en la matière des travaux publics, ne pouvait être mise en jeu que par application de la théorie du risque.

Pour M. Mathiot (34), la distinction entre la compétence administrative et judiciaire ne fait simplement qu'écarter les règles de droit privé. Selon lui, cela permettrait aux Conseils de Préfecture d'appliquer la théorie de la faute de service, en certaines matières présentant ce caractère spécial d'avoir un lien avec une opération de travaux publics.

Mais à cela, ne peut-on objecter qu'il n'y a pas simplement partage de compétence entre tribunaux administratifs et judiciaires, mais aussi et surtout à l'intérieur même de l'ordre juridictionnel administratif, entre le Conseil d'Etat et les Conseils de Préfecture ? Cela n'implique-t-il pas aussi une prise de position sur le fond du problème ? Ne peut-on croire que si le Conseil d'Etat est compétent pour juger des fautes d'omission des services publics, c'est parce qu'il fonde en général la responsabilité de ceux-ci sur une faute, alors que les Conseils de Préfecture, seuls compétents pour juger de l'exécution ou de l'inexécution d'un travail public, fondent la responsabilité de l'Administration, à raison du caractère spécial de l'opération de travail public, non plus sur la faute, mais sur le risque ?

SECTION 2. — FONDEMENT DE LA RESPONSABILITE DE L'ADMINISTRATION POUR INEXECUTION D'UN TRAVAIL PUBLIC

Sous-Section 1. — Les positions doctrinales

Le doyen Hauriou (35) voyait le fondement de la responsabilité de l'Administration dans l'enrichissement sans cause qu'elle

(33) N. sous *C.E.*, 16 juillet 1914. Babouet D. 1920-3-3.

(34) Les accidents causés par les travaux publics, *Thèse Paris*, 1934, p. 140.

(35) *Précis de Droit Administratif*, p. 542.

aurait réalisé aux dépens des administrés en se refusant à exécuter un travail public dans des conditions plus onéreuses pour elle, mais moins préjudiciables aux tiers. L'appauvrissement de ceux-ci est donc bien corrélatif à un enrichissement en moins dépensant de l'Administration.

Mais cette théorie subtile ne rend pas compte de toutes lse situations. Car il est des hypothèses où l'Administration ne peut pas éviter de causer un dommage aux tiers en exécutant ou en n'exécutant pas un travail public (36).

Aussi, la doctrine classique a-t-elle cru trouver le fondement de la responsabilité administrative dans la théorie du risque. Selon Duguit (37), il s'agit du risque créé par l'exécution ou l'inexécution du travail. Il semble que le fondement juridique de cette responsabilité, soit aujourd'hui vu par une certaine doctrine, dans l'idée d'égalité devant les charges publiques (38). Les travaux publics étant financés en dernière analyse par l'argent des contribuables, si certains d'entre eux se voient dans l'obligation de supporter de nouvelles charges à la suite d'un dommage imputable à une opération de travaux publics, l'égalité devant les charges publiques se trouve rompue à leur détriment. Une indemnité compensatrice leur est alors due, pour rétablir l'équilibre.

Mais à première vue, cette théorie peut sembler insuffisante pour justifier le droit à indemnité à la suite d'une inexécution d'un travail public. La rupture du principe de l'égalité devant les charges publiques n'apparaît en effet, pas nettement, surtout lorsque l'inexécution consiste en un défaut de construction d'un ouvrage public là où auparavant il n'en existait pas.

Aussi, n'est-il pas étonnant de voir se dessiner, depuis quelques années, des opinions nouvelles tendant à rejeter la théorie du risque ou mieux la théorie de l'égalité devant les charges publiques, pour lui substituer, en tout ou partie, celle de la faute, et spécialement en ce qui concerne notre sujet, de la faute pour l'inexécution d'un travail public.

M. Rouast fut un des premiers à penser que la théorie de la faute pouvait servir partiellement de fondement à la responsabilité de l'Administration. Partant du principe que celle-ci a le droit de causer un dommage aux propriétés, mais non aux personnes, il estimait que la théorie de la faute devait s'appliquer aux dommages causés aux personnes, et la théorie du risque aux dommages causés aux propriétés (39).

Quant au doyen Hauriou il avait, pour sa part pressenti qu'il serait peut-être possible de distinguer entre les dommages permanents entraînant une responsabilité automatique sur simple constatation du préjudice subi, et les dommages accidentels entrainant une responsabilité de l'Administration s'il était prouvé qu'ils étaient dûs à une défaillacne, à une faute (40). M. Appleton (41)

---

(36) Cf. Duez : « La responsabilité de la puissance publique », 2e édition, p. 314 et s.

(37) *Traité de Droit Constitutionnel*, T. 3, p. 471.

(38) Waline : « Manuel élémentaire de Droit Administratif », 3me édition, p. 407.

(39) *Thèse Lyon*, p. 23, 39, 86.

(40) *Précis de Droit Administratif*, p. 906.

(41) N. au *D.*, 1923-1-33.

et le doyen Bonnard (42) reprirent cette théorie que M. Mathiot devait finalement systématiser (43).

On peut en effet remarquer qu'aucune autre distinction ne paraît s'imposer. Depuis longtemps, le Conseil de Préfecture est également compétent, qu'il s'agisse de dommages aux biens ou aux personnes (44). On ne voit pas non plus pourquoi la théorie du risque s'appliquerait aux dommages, aux immeubles et celle de la faute aux meubles et aux personnes. D'ailleurs, le Conseil d'Etat n'admet pas cette distinction puisqu'en matière de dommages aux immeubles, il parle de défaut d'entretien de l'ouvrage public, ce qui est une allusion à la théorie de la faute (45).

Aussi M. Mathiot nous propose-t-il de distinguer entre le dommage permanent « inconvénient tout à fait anormal venant du voisinage (46) d'un travail ou d'un ouvrage public, souvent inséparable de son exécution ou de son existence, et entrainant la dépréciation d'un bien immobilier », et l'accident « atteinte brusque à l'intégrité physique d'une chose (mobilière ou immobilière), et entrainant une blessure ou une détérioration » (47). Le dommage permanent consiste donc en une atteinte durable se produisant avec lenteur, et l'accident en une atteinte définitive, produite soudainement.

Dès lors, la théorie du risque expliquerait la responsabilité pour les dommages permanents, c'est-à-dire pour les dommages licites parce que provenant d'une opération de travaux publics, effectué dans l'intérêt général. Le dommage serait donc ainsi indemnisé à la condition d'être permanent, direct matériel et d'excéder les inconvénients habituels du voisinage.

L'accident au contraire, a causé un préjudice évitable non nécessité par le travail public. La défaillance anormale de l'Administration devrait alors être appréciée selon les principes directeurs de la responsabilité pour faute de service : il faudrait une faute assez grave, susceptible d'être atténuée par celle de la victime, révélant un manquement à la diligence moyenne qu'on est en droit d'escompter d'un service public.

Toutefois, M. Mathiot estime qu'il est des hypothèses même en matière d'accidents de travaux publics où la théorie du risque doit reprendre son empire : spécialement lorsque un accident n'a pu être évité malgré les précautions prises pour assurer l'exécution d'un travail public dangereux (48) (dommages parmi lesquels il range aussi ceux causés par des automobiles exécutant un travail public) et lorsque la cause de l'accident ne peut pas être connue : telle la rupture d'un câble électrique qui avait été la cause d'un incendie (49).

---

(42) N. au *S.*, 1929-3-81 et « Précis de Droit Administratif », 4me édition, p. 648.

(43) Les accidents causés par les travaux publics, *Thèse Paris*, 1934.

(44) *C.E.*, 12 décembre 1873 Lambert, *D.*, 1874-3-53 concl. David.

(45) *C.E.*, 23 mai 1917 Kennerley Hall 428, 8 juin 1921 Ville de Bordeaux 551, 31 mai 1922 Lays 487, 5 mai 1933 Levy, *S.*, 1934-3-38.

(46) Il faut rappeler sur ce point que les relations de voisinage entre immeubles publics et privés ne sont pas régies par les règles de droit privé: *C.E.*, 25 mai 1906 Sté Docks Marseillais 481 concl. Romieu. Jèze *R.D.P.*, 1910, p. 713 et s.

(47) *Op. cit.*, p. 31.

(48) *C.E.*, 27 mai 1914 Ville de Nantes 660.

(49) *C.E.*, 25 janvier 1929 Gaz de Beauvais, *S.*, 1929-3-81 concl. Latournerie, n. Bonnard.

La thèse de M. Mathiot nous paraît devoir être liminairement écartée comme reposant sur une distinction artificielle non confirmée par la jurisprudence.

Dire, en effet, que l'accident consiste en un évènement brusque et normalement évitable et le dommage permanent en un événement inévitable qui se produit lentement, n'est pas tenir compte de la réalité complexe des choses.

Une commune aurait pu entretenir un chemin vicinal de façon à éviter l'accumulation des eaux pluviales et ménagères qui a causé un dommage à une exploitation riveraine (50) : à l'origine il y avait un événement évitable, mais la prolongation d'un état de fait à fini par causer un dommage permanent (51). Cette transformation progressive, le Conseil d'Etat l'a parfois noté : « Considérant que la cause du dommage envisagé peut être supprimée au moyen de travaux de peu d'importance ; qu'ainsi la propriétaire, dame veuve Moteley n'est pas fondée à réclamer une indemnité à raison d'un dommage permanent et définitif ; sauf à elle de demander, s'il y a lieu, la réparation du préjudice qu'elle pourrait subir si le fonctionnement du lavoir *continue* à être entravé » (52).

La limite entre le dommage permanent et l'accident est donc difficile à tracer. M. Mathiot voit ainsi un dommage permanent dans la suppression d'un accès à un immeuble (ce qui excède bien les inconvénients habituels du voisinage) : mais de la lecture de l'arrêt, il ressort que le dommage s'est produit parce qu'il n'avait pas été mis à la disposition du requérant un passage provisoire répondant aux besoins de l'exploitation (n'y avait-il pas là un événement évitable par l'établissement dudit passage ?) (53).

On peut imputer à faute à l'Administration de n'avoir pas prévu la chute d'un arbre apparemment en mauvais état (54) : mais y a-t-il là quelque chose d'intrinsèquement différent du dommage permanent causé à des immeubles riverains par les racines des arbres d'une avenue ? (55).

Or, dans les espèces que nous venons de citer, le Conseil d'Etat a toujours relevé que l'Administration n'avait pas pris les mesures nécessaires pour éviter le dommage, quelque soit d'ailleurs l'objet de celui-ci, meuble, immeuble ou individu.

Lorsque M. Mathiot affirme que la théorie de la faute de travail public doit jouer, non seulement à l'égard des meubles et des personnes, mais aussi des immeubles, car il n'y a pas de raison d'accorder grâce à la théorie du risque plus de facilités de recours contre les dommages immobiliers que contre les dommages corporels, il exprime un idée de justice élémentaire. Mais, alors, on ne voit pas pourquoi il refuse d'appliquer la théorie de la faute de travail public en matière de dommages permanents. En effet, ceux-ci selon ses dires, consistent en inconvénients anormaux de voisinage, ne peuvent atteindre que des immeubles. N'est-ce pas dès lors affirmer que la théorie du risque ne peut jouer à propos des dommages aux meubles ou aux personnes ?

---

(50) *C.E.*, 1er février 1911 janvier, Marquet 122.

(51) Cf. *C.E.*, 8 août 1892 Cº Lyonnaise des Tramways 714 concl. Romieu 5 juin 1912 Duforest 630, 10 mai 1922 Ministre des Travaux Publics 406, 18 mars 1925 Soulier 278.

(52) *C.E.*, 26 octobre 1921 Ville de Caen 878.

(53) *C.E.*, 18 juillet 1929 Commune de Corbières 723.

(54) *C.E.*, 5 mai 1933 Lévy, *D.H.*, 1933-354.

(55) *C.E.*, 8 décembre 1923 Lacassagne 907.

Il est enfin un dernier point sur lequel l'interprétation de M. Mathiot prête, selon nous, à critique. Cet auteur, en effet, explique la solution « Gaz de Beauvais » (rupture accidentelle d'un câble électrique, due à une cause inconnue) par application de l'article 1384 du Code Civil au concessionnaire, en tant que gardien de la chose. Mais rien ne s'oppose non plus à voir dans cette décision une mise en jeu de la responsabilité fondée sur le risque. Car un concessionnaire ne peut être assimilé à un industriel ordinaire : il gère un service public alimenté par des taxes diverses ou des subventions administratives, toutes réglées en fin de compte par les administrés : si bien que le dommage spécial subi par l'un d'eux, aboutit à une violation de l'égalité devant les charges publiques.

Si l'on veut éviter ces subtilités qui heurtent la logique et les intérêts des justiciables, il faut donner à la responsabilité de l'Administration en matière de travaux publics un fondement unique (56), que ce soit le risque entendu comme la violation du principe de l'égalité devant les charges publiques, ou la faute.

M. R. Capitant a certainement aperçu ce problème lorsqu'il y a quelques années (57) il proposa de considérer que la responsabilité de l'Administration était fondée, pour tout ce qui concernait les opérations de travaux publics, sur la notion de faute de service.

M. R. Capitant a fait valoir en effet que, si la loi du 28 Pluviose An VIII n'avait probablement prévu que les dommages causus par les travaux publics, au sens actif du terme (58), il était cependant impossible de distinguer entre les dommages causés par une activité et ceux causés par les choses, les deux étant dans la réalité étroitement liés. Dès lors, la distinction ne peut porter que sur la responsabilité du fait d'une chose, c'est-à-dire de l'Administration comme gérant d'un service public.

Or, selon M. Capitant, le droit public ignore la responsabilité du fait des choses. Par conséquent, il ne peut exister qu'une responsabilité du fait du service public, ce qui implique que la notion de faute de service absorbe celle de faute de travail public. Cet auteur fait remarquer que la jurisprudence incrimine, dans les deux cas, les fautes positives et négatives et exige qu'elles présentent un certain caractère de gravité. La théorie du risque n'aura donc à intervenir dans la matière des travaux publics que dans les hypothèses où elle intervient déjà en matière de service public, c'est-à-dire lorsqu'on a affaire à un service public dangereux (59) et lorsque le dommage a un caractère exceptionnel (60). Et il apparaît bien, au prime abord, que la jurisprudence applique la théorie du risque lorsque les travaux publics sont par eux-mêmes

---

(56) En ce sens Detton concl. *C.E.*, 6 octobre 1944 Struchenberger *R.D.P.*, 1946 n. Jèze.

(57) « La double notion de travail public », *R.D.P.*, 1929, p. 537.

(58) En ce sens *C.*, Montpellier 31 mars 1879 cité par M. Couzinet : « La réparation des atteintes portées à la propriété privée immobilière par les groupements administratifs », p. 303.

(59) *C.E.*, 20 juin 1919 Regnault Desroziers, *D.*, 1920-3-6, 21 mai 1920 Colas, *R.D.P.*, 1920, p. 405, *C.E.*, 22 décembre 1924. Les travailleurs français, *D.*, 1925-3-9 (dommages causés par les automobiles).

(60) Arrêt Couitéas précité.

dangereux (61) ou ont occasionné des dommages exceptionnels (62).

La théorie de M. Capitant a le mérite d'être systématique. Mais elle n'est malheureusement pas complète. Car l'auteur ne nous dit pas en quoi consiste précisément cette faute de travail public. Aux dires de M. Mathiot, il s'agirait d'un manquement à une obligation de sécurité : toutefois, dans l'hypothèse qui nous intéresse, l'inexécution d'un travail public, il est permis de se demander si cette faute ne consisterait pas dans un manquement à une obligation de faire, notion bien plus précise que la précédente.

Il est très important de savoir si la jurisprudence sanctionne de pareils manquements ou du moins fait implicitement appel aux deux notions de la faute que nous venons d'indiquer. Sinon tout le système de la responsabilité pour faute s'effondre.

Sous-Section 2. — La faute d'inexécution de travail public comme manquement a une obligation de faire

On sait qu'en droit privé, toute inexécution d'une obligation de faire est constitutive automatiquement d'une faute du débiteur qui, s'il ne peut être contraint de « prester », doit alors une indemnité à son créancier. Or, l'inexécution d'un travail public est, nous l'avons vu, susceptible de faire naître une créance d'indemnité à l'encontre de l'Administration : mais, est-ce tant qu'inexécution d'une obligation d'accomplir un travail public ?

La jurisprudence permet de répondre de la façon la plus nette, par un non définitif à la question ainsi posée. Toute requête demandant au juge des travaux publics de dire que l'Administration a l'obligation d'exécuter un travail public, a toujours été considérée comme irrecevable.

C'est ainsi qu'il a été jugé que devaient être rejetées les requêtes tendant à faire condamner l'Administration :

— à construire un aqueduc destiné à faciliter l'écoulement d'eaux empêché par l'exécution de travaux publics (63) et, d'une façon générale, à opérer tout travail qui aurait pour but de faire cesser (64) ou de prévenir (65) les dommages causés par un travail public ;

— à édifier un quelconque ouvrage public, alors même qu'un concessionnaire y serait obligé par une stipulation du cahier des charges (66) ou par un ordre de l'Administration (67), et à plus forte raison, si la demande est faite à l'Administration (68), même si celle-ci avait promis au requérant de faire exécuter certains travaux (69) ;

---

(61) *C.E.*, 16 mars 1894, *S.*, 1896-3-11 (exécution d'un travail public à coup de mines).

(62) Toute la jurisprudence relative aux dommages causés aux immeubles par les inconvénients anormaux de voisinage, pourrait confirmer ce dernier point.

(63) *C.E.*, 2 juin 1843 Baguet 263.

(64) *C.E.*, 10 janvier 1845 C° du Canal de la Sambre à l'Oise 14-27 août 1846 Hean et Maizières 455, 10 avril 1855 C° du Canal du Midi 285, 26 juin 1869 Rousset 625, 1er avril 1896 Préfet de la Manche 637.

(65) *C.E.*, 24 janvier 1873 Gallet Lefaivre 96, 18 novembre 1898 Rémond 715.

(66) *C.E.*, 28 novembre 1845 Commune de St-Paul-en-Jarret 514.

(67) *C.E.*, 31 janvier 1848 C° des Chemins de fer du Gard 62.

(68) *C.E.*, 4 août 1876 Commune de Manduel 776.

(69) *C.E.*, 11 novembre 1881 Desbuttes 875.

— à exécuter un travail public intéressant particulièrement le requérant (70), ce qui n'empêche pas celui-ci de devoir remplir ses obligations à l'égard de l'Administration (71) ;

— à supprimer un ouvrage public (72), même cause d'un dommage (73) ;

— d'une façon générale, à exécuter tout travail d'intérêt public (74), même s'il ne s'agit que de travaux de protection ou de réparation (75).

Par suite, toute demande tendant à faire nommer par le juge des travaux publics, des experts ayant pour mission de déterminer les travaux de nature à supprimer des dommages causés par les travaux publics, est au même titre insusceptible d'être accueillie (76).

Certains auteurs ont cependant affirmé qu'il était des hypothèses dans lesquelles on pouvait contraindre l'Administration à exécuter un travail public (77). On sait, en effet, que le branchement des lignes électriques, qui apparaît cependant comme un travail fait dans l'intérêt privé sur la propriété privée, est considéré par la jurisprudence comme un travail public, en ceci qu'il constitue le complément, l'accessoire de la conduite principale à laquelle il est relié, et que le bon fonctionnement du servic est intéressé par une installation correcte de la ligne jusqu'au coupe-circuit du branchement particulier (78). Or, les usagers peuvent exiger que ce branchement soit opéré. Mais, il n'y a pas, en réalité, obligation d'exécuter un travail public : l'usager a seulement droit aux prestatiosn du service, et l'exécution du branchement n'est qu'une conséquence indirecte du fonctionnement du service.

Car les administrés n'ont droit qu'à une indemnité pour inexécution des travaux publics. Le Conseil d'Etat a, en effet, souvent relevé qu'était recevable une requête en indemnité, alors même qu'elle était accompagnée d'une demande d'exécution de travaux publics : dès lors qu'il ne résulte pas que le requérant a seulement poursuivi cette exécution, le juge des travaux publics demeure compétent pour statuer sur la demande en indemnité, fondée sur l'inexécution préjudiciable (79).

L'Administration est seule juge de l'opportunité et de l'urgence des travaux à accomplir (80) : souvent, on voit apparaître, dans les décisions du Conseil d'Etat, la formule selon laquelle l'Administration est seule compétente pour entreprendre, diriger, surveiller l'exécution des travaux publics (81).

---

(70) *C.E.*, 21 mars 1879 Vve Vieillard 232.
(71) *C.E.*, 1er juin 1888 Disdier 485.
(72) *C.E.*, 4 janvier 1895 Dame Dubourg 5.
(73) *C.E.*, 2 décembre 1932 Administration des Chemins de fer de l'Etat, *D.H.*, 1933-89.
(74) *C.E.*, 16 mars 1900 Hénon 219.
(75) *C.E.*, 22 juillet 1936 Perrin.
(76) *C.E.*, 28 janvier 1914 C° P.L.M. 94.
(77) Cf.Gosset : « Distribution d'électricité et usagers », *Thèse Paris*, 1935, p. 90 et s.
(78) Cf. *T.C.*, au *S.*, 1909-3-94. *C.E.*, 8 janvier 1929, art. 13 Cahiers des Charges type du gaz du 12 avril 1921.
(79) *C.E.*, 14 mars 1875 Douault 247, 29 novembre 1889 Ville de Nîmes 1106.
(80) *C.E.*, arrêt Douault précité.
(81) *C.E.*, 16 décembre 1850 d'Espagnet 945, 28 novembre 1850 héritiers Ser 872, 16 février 1854 commune de Damery 107.

Le juge ne peut donc, ni ordonner l'exécution, ni autoriser un simple particulier à exécuter, passé un certain délai, les travaux à ses frais (82) : il lui est simplement permis d'imposer à l'Administration l'obligation alternative de faire cesser le dommage ou de payer une indemnité, celle-ci étant la mesure du préjudice subi et ne pouvant avoir le caractère d'une astreinte (83).

Ce n'est pas là uniquement un effet du principe de la séparation des pouvoirs qui interdit au juge d'adresser une injonction à l'Administration.

Reconnaître qu'un service public doit conserver et entretenir un ouvrage public, n'est pas dire qu'il est obligé d'y effectuer tel ou tel travail, que le juge ne peut enjoindre à l'Administration qui conserve toujours le choix des moyens : c'est bien là un effet de principe de la séparation des pouvoirs.

Mais l'impossibilité où est le juge d'autoriser un individu qui a subi un préjudice du fait de l'inexécution d'un travail public, à faire ce travail à ses frais, prouve qu'il n'y a pas obligation de faire en matière de travaux publics. Ceux-ci sont destinés à l'usage de tous, à l'intérêt général : leur exécution n'est pas due à un individu, mais à la collectivité dont les intérêts et les besoins sont discrétionnairement déterminés par l'Administration. Un administré ne peut donc également exiger la suppression d'un ouvrage public, parce que celui-ci, qui lui nuit, peut par contre être utile à un grand nombre de personnes.

L'autorité administrative seule peut se prononcer sur l'opportunité de la suppression d'un travail public (84), dont l'autorité judiciaire n'a pas à connaître (85), sauf si le travail public constitue une voie de fait ou une emprise (86), s'il n'a été exécuté que dans l'intérêt exclusif d'un particulier et pour son compte (c'est-à-dire s'il ne s'agit pas d'un travail public) (87).

Le droit du particulier ne naît que du jour où l'inexécution d'un travail public lui a causé un préjudice spécial, et il n'est qu'un droit à indemnité : s'il ne justifie d'aucun préjudice, le refus de l'Administration d'exécuter un travail public, n'ouvre en sa faveur aucun droit à indemnité (88). Il arrive parfois qu'une loi prévoit que l'Administration doit accomplir certains travaux publics : si aucun délai ne lui est impérativement fixé, les administrés ne sont pas recevables à exiger une indemnité en raison de cette inexécution (89). Ils ne le seront qu'à dater du jour où cette inexécution leur aura causé un préjudice personnel. Et si le juge calcule cette indemnité en fonction d'un certain laps de temps, jusqu'à l'exécution des travaux nécessaires, pour faire cesser le dommage, si celui-ci est susceptible de cesser, en tout ou partie, dans l'avenir, par l'exécution de travaux appropriés (90), pas plus qu'il ne recourt à l'astreinte, puisque l'indemnité est représentative du préjudice effectivement subi, il ne

---

(82) *C.E.*, 18 mars 1869 Chemin de fer P.L.M. 281.
(83) *C.E.*, 12 avril 1935 Bach-Thaï-Duoi, cf. *infra*, p.
(84) Cv. 25 avril 1923. *S.*, 1924-1-289 n. Mestre.
(85) Req. 19 juin 1934, *S.*, 1934-1-263, 3 novembre 1937, *S.*, 1938-1-62.
(86) Cv. 6 janvier 1930, *S.*, 1930-1-337 n. Mestre, 11 mai 1937, *S.*, 1937-1-297 n. L'Huillier.
(87) Cv. 14 mars 1933. *S.*, 1933-1-222. Req. 25 mars 1935. *S.*, 1935-2-225.
(88) *C.E.*, 1er décembre 1944 Cabrol 312.
(89) *C.E.*, 2 février 1940 Panis 49.
(90) *C.E.*, 18 octobre 1946 Commune de St-Georges d'Oléron J.G.P. 1947-4-2.

reconnaît un droit à l'exécution des travaux, puisque ses prévisions portent seulement sur les indemnités à allouer successivement. La dissociation du droit à indemnité et de l'opération matérielle est d'ailleurs prouvée par le fait que le délai de prescription de l'action en indemnité a pour point de départ, non l'époque de l'exécution ou de l'inexécution, mais celle où le dommage s'est révélé (91) et que le préjudice n'est évalué qu'au jour du dommage (92).

Il n'y a donc pas d'obligation de faire en matière de travaux publics. Par voie de conséquence, la faute d'inexécution, si faute il y a, ne consiste pas en un manquement à une obligation de faire. Cette constatation avait amené certains à affirmer que les hypothèses seraient très rares où des particuliers pourraient réclamer une indemnité à raison de l'inexécution des travaux publics, puisque le demandeur devrait prouver qu'il avait un droit à la réalisation des travaux (93). Or, cependant, la jurisprudence montre précisément que ces hypothèses sont très nombreuses. Quelle explication alors donner de la faute d'inexécution ?

Sous-Section 3. — La faute d'inexécution de travail public comme manquement a l'obligation d'assurer la securité (94)

Aux dires de M. Mathiot, et cela vaut également si l'on voit dans la notion de faute un système général d'explication de la responsabilité de l'Administration, en matière de travaux publics, il y aurait une obligation générale pour l'Administration « de maintenir la sécurité des particuliers et de leurs biens » (95), obligation qui peut aussi résulter des Cahiers des Charges, de contrats spéciaux la prévoyant expressément, et même des règlements de police (art. 471, § 4 C. Pénal). Il y aurait donc là une notion analogue à celle qui préside à la responsabilité des services publics, la seule différence consistant en ce que l'appréciation de la faute en matière de travaux publics, ne pourrait être faite que par le juge spécial des travaux publics, incompétent par ailleurs pour connaître des dommages ne se rattachant pas à l'exécution ou à l'inexécution d'un travail public (96).

Il arrive parfois que le Conseil d'Etat et les juridictions judiciaires fassent allusion à cette obligation de maintenir la sécurité : « Considérant que dans le cas ou il serait établi que l'intérêt de la sécurité publique exigerait la construction d'un ouvrage destiné à *garantir la sécurité* de la circulation... le défaut d'exé-

---

(91) *C.E.*, 19 février 1936 Commune de Meudon.

(92) *C.E.*, 7 avril 1942 Servant.

(93) En ce sens Altairac : « De la compétence en matière de travaux publics », *Thèse Bordeaux*, 1902, p. 155.

(94) Nous laissons de côté l'étude des caractéristiques du préjudice subi qui n'intéresse pas directement notre sujet, et ne pose pas de question particulière. Il suffit de signaler qu'il doit consister en une atteinte grave à un droit, être spécial, non collectif et non compensé par un avantage retiré de l'opération de travail public. Il doit être certain, actuel, peut atteindre les biens comme les personnes, à l'égard de celles-ci peut être matériel ou moral (*C.E.*, 3 avril 1936 Sudre, *D.*, 1938-3-37 n. Waline).

(95) *Op. cit.*, p. 182, cf. Rouast *op. cit.*, p. 133 et s., spécialement, p. 146.

(96) *C.E.*, 13 juillet 1966 Caron 819, 5 août 1913 Trufil 1906, 18 juin 1920 Rigault *R.D.P.*, 1921, p. 91, concl. Corneille, 11 mai 1932 Bergeon 481, 13 février 1942 Ville de Sarlat, *R.D.P.*, 1943, n. Bonnard concl. Léonard, 12 juillet 1944 Godet 206.

cution de cet ouvrage serait de nature à engager la responsabilité de l'Administration (97).

Mais le plus souvent, elle doit être déduite de condamnations de l'Administration pour n'avoir pas assuré la sécurité des administrés : tel le fait de n'avoir pas averti des dangers que présentait la visite d'un clocher (98), de n'avoir pas muni des prestataires de lunettes de protection (99), de n'avoir effectué que pendant trop peu de temps les recherches qui auraient permis de déceler l'existence d'un obstacle dans une rivière canalisée (100), de n'avoir pas construit un garde corps ou un parapet le long d'une route et sur un pont (101), de n'avoir pas répandu du sable sur un trottoir dépendant du domaine public (102), de n'avoir pas interdit la circulation à un endroit dangereux (103), ou de n'avoir pas pris les mesures de protection nécessaires pour parer à ce danger (104).

Quelquefois, un pareil manquement est révélé par l'inobservation d'un règlement ou d'une disposition d'un Cahier des Charges qui prévoyaient l'exécution d'un travail public (105).

Mais, c'est surtout l'omission de mesures matérielles qui auraient permis d'éviter le dommage, qui fournit le plus grand nombre de cas dans lesquels on peut voir l'inexécution de cette obligation de sécurité.

On peut citer, en premier lieu, toutes les décisions qui ont accordé une indemnité aux simples particuliers, en réparation d'un dommage causé par un défaut de signalisation, soit de l'état d'une route (106), soit d'une opération de goudronnage sur une route (107), soit du danger présenté par l'état défectueux d'un ouvrage public (108) ou son fonctionnement même (109), soit du délaissement d'une section de route (110), soit de travaux de réfection (111), soit du danger provenant du dépôt d'objets inattendus sur la voie publique (112), soit de l'ouverture d'une tranchée dans ou près d'une voie de communication (113), soit enfin de la pré-

---

(97) *C.E.*, 13 mai 1907 Département de la Dordogne 438, cf. C.E., 22 juillet 1933 Ville de Marseille *J.C.P.*, 1933-2-152, 23 février 1940 Soulier 76. Cass. 9 février 1937 *D.H.*, 1937-203, 26 janvier 1942, *D.A.*, 1942, J. 89.

(98) *C.E.*, 18 janvier 1946 Fouchy *J.C.P.*, 1946-4-48.

(99) *C.E.*, 26 avril 1944 Commune de Vivac, 124.

(100) *C.E.*, 2 novembre 1934 Ministre des Travaux Publics, *D.H.*, 1935-55.

(101) *C.E.*, 14 décembre 1906 Préfet de l'Hérault 918, 1er août 1914 Malleville 1009, 22 juillet 1936 Département du Nord 844.

(102) *C.E.*, 23 mars 1945 Ville de Paris 62.

(103) *C.E.*, 30 mars 1867 Georges 334, 6 juin 1912 Cagrol-Gaudesèque 631.

(104) *C.R.*, 23 novembre 1932 Oame Mahu 987, 27 juin 1930 Ministre des Travaux Publics 760, 23 janv. 1938, Ministre des Trav. Publ. 573.

(105) *C.E.*, 29 mars 1860 Chemins de fer de l'Ouest 274, 29 mars 1860, Héritiers Hagerman 278, 22 mars 1930 Ville de Lille 204, 29 juillet 1925, Ville de Dijon 764.

(106) *C.E.*, 21 décembre 1932 Fougerolles 1115, 22 juillet 1936, Ministre des Travaux Publics.

(107) *C.E.*, 22 mai 1930 Radigeois 544, 16 décembre 1931 Lloubes 1123, 27 juin 1934 Gouvernement général de l'Indochine 740.

(108) *C.E.*, 20 janvier 1932 Joly 80, 15 juillet 1936 Commune de Ceyssac-la-Roche, 782.

(109) *C.E.*, 29 novembre 1933 Krant 1115.

(110) *C.E.*, 24 février 1939 Veuve Barre, *D.H.*, 1939-278.

(111) *C.E.*, 31 mai 1938 Soc. Messageries laitières, *D.H.*, 1938-471.

(112) *C.E.*, 1er décembre 1933 Préfet de la Seine-Inférieure 1133, 5 février 1936 Le Sabazec 163.

(113) *C.E.*, 7 février 1930 Ministre des Travaux Publics 152, 21 avril 1932 Legounet 403, 9 mars 1932 Bos 288, 28 février 1945 Entrerises Soldani 45.

sence d'un obstacle dans le lit d'un cours d'eau (114). De cette jurisprudence, on peut rapprocher celle qui est relative au défaut d'éclairage des ouvrages publics (115), mais surtout la jurisprudence, si fournie, relative au défaut d'entretien des ouvrages publics.

A ce sujet, il faut signaler qu'il n'existe pas à la charge de l'Administration une obligation générale d'assurer l'entretien de tous les ouvrages publics. Elle peut, en effet, renoncer à l'entretien d'un ouvrage public qui ne répond plus à l'utilité générale, par exemple un ouvrage public construit en vue de faire face à une charge qui ne lui incombe plus (116). Il en est de même au regard d'un ouvrage au maintien duquel les simples particuliers sont intéressés, mais qui n'a pas été exécuté pour remplir cette fonction de protection des biens particuliers (117). L'Administration n'est pas non plus obligée d'entretenir des ouvrages destinés à la défense des propriétés contre l'action de la mer ou à assurer la navigabilité d'un cours d'eau rayé de la liste des cours d'eau navigables, par le décret du 28 décembre 1926 (118) ; car, en vertu de la loi du 16 septembre 1807, la défense des propriétés riveraines contre la mer, incombe aux propriétaires intéressés, l'Etat n'intervenant que sous forme de subvention, quand il le juge opportun ; depuis le décret de 1926, l'Etat n'est plus tenu au curage de navigation, mais seulement à celui qui permet l'écoulement des eaux, au contraire de ce qui se passait antérieurement à ce décret, l'Etat devant alors assurer la navigabilité d'un cours d'eau, s'il était prouvé qu'il était « navigué » (119) et décidant par contre discrétionnairement des travaux de curage à effectuer dans un cours d'eau non navigable (120).

Qu'il s'agisse du défaut d'entretien de rails de tramways qui font saillie sur la chaussée (121), des défauts de curage de rivière ou de fossé (122) ou d'entretien d'ouvrages publics protecteurs, à la suite desquels des propriétés ont été inondées (123), de l'incurie de l'Administration qui n'avait pas pris les mesures nécessaires pour assurer le libre passage des bateaux dans un chenal (124), ni effectuer les recherches pour déceler des obstacles dans un cours d'eau (125), ni entretenu une route (126), ni enlevé un tronc d'arbre sur une route (127), ni vérifié l'état d'un arbre

---

(114) *C.E.*, 8 février 1939 Ministre des Travaux Publics, 72.

(115) *C.E.*, 7 août 1906 Ville de Nîmes 781, 12 mai 1911 Dorville 565, 18 juillet 1917 eil 576, 7 novembre 1934 Ministre des Travaux Publics 1027.

(116) *C.E.*, 26 avril 1918 Saint-Mleux, *S.*, 1924-3-30.

(117) *C.E.*, 19 novembre 1937 Association Syndicale du Canal de Gap 956.

(118) *C.E.*, 17 mai 1946. *S.*, 1947-3-9, n. *M.H.B.*

(119) *C.E.*, 23 mars 1877 Savignac 309.

(120) *C.E.*, 12 avril 1860 Dusagelle 308.

(121) *C.E.*, 8 décembre 1893 Cie Générale Française des Tramways 827, 24 février 1902, Cie Générale Française des Tramways 488, 3 mars 1920 Cie Générale Française des Tramways 235, 9 juillet 1924 Prin Clary 663, 8 juillet 1925 Rabaud 663, 21 juin 1933 Cie des Tramways de Sète 671, 21 novembre 1933 Jansolin 1117, 7 mars 1934 Douillet, 14 mars 1934 Veuve Tisseyre...

(122) *C.E.*, 25 mai 1921 Bergon 506, 1er décembre 1944 Syndicat du Marais de la Dive 311.

(123) *C.E.*, 1er mai 1931 Association Syndicale du Canal de Manosque 475.

(124) *C.E.*, 10 janvier 1934, Cie Générale de Navigation 61.

(125) *C.E.*, 2 novembre 1934 Manu 999.

(126) *C.E.*, 22 juillet 1931 Département des Hautes-Alpes, 813, 7 novembre 1934, Département du Loiret 1028.

(127) *C.E.*, 16 juin 1937, Poirier 599.

dont l'inclinaison pouvait faire présumer la chute (128), ni dégagé les bouches d'un égout (129), pas plus qu'elle ne s'était assurée du bon état des locaux scolaires (130), il apparaît, au premier abord, que dans toutes ces hypothsèes, le juge des travaux publics a bien relevé à la charge de l'Administration, une faute d'inexécution.

Celle-ci se rapproche, semble-t-il d'ailleurs, d'autant plus de la faute d'inexécution de service que le Conseil d'Etat ne fait pas à l'Administration une obligation absolue d'assurer la sécurité du public, par l'exécution des travaux publics. Le juge tient compte, en effet, des circonstances de temps et de lieu qui entourent le fait dommageable. C'est ainsi qu'un défaut d'éclairage n'est répréhensible que la nuit (131) et non au lever du jour (132), sauf s'il s'agit de matériaux déposés dans un tunnel (133). De même, on ne peut rendre l'Administration responsable d'un dommage lorsque celui-ci s'est produit dans un laps de temps beaucoup trop court après qu'aient été signalés à l'Administration la défectuosité d'un travail public et le danger qu'il présentait, ou après que se soit produit la cause du fait dommageable, en sorte que l'Administration n'avait pas matériellement les moyens d'intervenir (134).

Si la sécurité de la navigation doit être assurée (135), l'Administration n'est cependant pas tenue de signaler les obstacles en dehors des chenaux navigables (136). Si elle doit éclairer les rues et places publiques (137), il en va autrement pour les champs de foire (138). Les matériaux abandonnés sur la voie publique doivent être éclairés (139), mais non ceux qui sont sur le trottoir d'une route nationale (140). L'entretien d'un ouvrage public exige moins de soins en pleine campagne (141) qu'à l'intérieur d'une agglomération (142). Enfin, on ne peut reprocher à l'Administration de n'avoir pas entretenu un ouvrage qui, depuis le jour très éloigné de sa construction, jusqu'à celui du dommage qu'on lui impute, avait donné toute satisfaction et avait fonctionné très normalement (143).

Car, les défaillances administratives ne sont fautives que si l'Administration n'a pas été capable d'assurer un entretien normal de l'ouvrage public, de façon à en permettre un usage conforme à sa destination.

---

(128) *C.E.*, 16 mai 1930 Ministre des Travaux Publics 527.
(129) *C.E.*, 11 août 1944 Ville d'Alger 235, 8 novembre 1944 Ville de Villeurbanne.
(130) *C.E.*, 20 février 1929 Consorts Rome 218.
(131) *C.E.*, 26 janvier 1906 George Helia 86, 22 mai 1912 Ville de Roubaix 599, 8 mars 1939 Boff 152.
(132) *C.E.*, 17 juillet 1912 Ulmann 831, 31 janvier 1917, Ministre des Travaux Publics 106, 14 juin 1929 Bour 401.
(133) *C.E.*, 17 juillet 1918, Ministre des Travaux Publics (2me espèce) 727.
(134) *C.E.*, 4 juillet 1873 Thevenay 720, 1er février 1933 Vve Dumont 144, 5 avril 1933 Soual, 29 novembre 1933 Porgola 1116, 16 décembre 1936, Ministre des Travaux Publics 1119, 10 février 1937 Braconnet 182, 13 juin 1941 Vimenay 110, 23 février 1944 Epoux Turpin 65.
(135) *C.E.*, 7 juin 1929 Ministre des Travaux Publics 565.
(136) *C.E.*, 25 juin 1924 Glen Line 603.
(137) *C.E.*, 17 juillet 1917 Weil 575.
(138) *C.E.*, 5 août 1913 Mme Trufil 1006.
(139) *C.E.*, 12 mai 1911 Dorville 565.
(140) 31 janvier 1917 Champagne 106.
(141) 20 mars 1926 Grimaud.
(142) *C.E.*, 29 juillet 1925, Ville de Dijon 764.
(143) *C.E.*, 29 août 1941 Stora 167.

Or, ce n'est pas utiliser un ouvrage selon sa destination, par exemple, que de se suspendre à un bénitier (144). L'Administration a, par ailleurs, exécuté sa tâche en faisant procéder à des dragages qui se sont avérés suffisants, puisque de nombreux bâtiments étaient passés sans encombre avant que se produise l'accident (145). Elle y a failli si elle a mal signalé des travaux de réfection d'une route, sauf si l'automobiliste allait à une trop grande vitesse, car, seule alors une circulation ralentie constitue un usage normal des voies publiques rendues glissantes (146).

Par conséquent, l'on ne peut incriminer qu'un défaut d'entretien normal, apprécié eu égard aux possibilités de l'Administration et aux inconvénients habituels de la vie en société.

Dès lors, il n'est pas répréhensible de ne pas signaler des travaux de réfection de route que tout automobliste peut s'attendre à rencontrer (147), surtout si celui-ci s'est engagé sur une voie qu'il n'avait pas à emprunter (148). Il n'y a pas défaut d'entretien normal si la défectuosité de l'ouvrage public n'était pas apparente (149) ; si elle était visible et si l'Administration n'a pas pris les mesures nécessaires, l'Administration encourt, au contraire, une responsabilité (150).

Une excavation profonde dans la chaussée (151), le défaut de couvercle d'une boîte d'arrosage sur le trottoir (152), constituent un défaut d'entretien normal, mais non pas un clou planté dans un trottoir (153), ni le peu de visibilité d'une borne, dont l'éclairage avait été réduit par mesure de défense passive (154).

Chaque fois que le défaut d'entretien est anormal, la responsabilité de l'Administration pourra être mise en cause (155) : elle ne pourra plus l'être si ce défaut d'entretien est normal (156).

Ce caractère d'anormalité varie d'ailleurs, suivant la situation de la victime à l'égard de l'Administration : les usagers des ouvrages publics savent que leur activité comporte certains risques et qu'ils bénéficient déjà d'avantages qui doivent rendre moins facile la responsabilité de l'Administration à leur égard : la connaissance qu'ils ont de l'état des lieux (157), le fait qu'ils

---

(144) *C.E.*, 10 juin 1921 Commune de Monségur, *S.*, 1921-3-49.
(145) *C.E.*, 25 juillet 1930 Ministre des Travaux publics, *S.*, 1932-3-46.
(146) *C.E.*, Grenoble 15 avril 1932 Bigot *J.C.P.*, 1932-1-87.
(147) *C.E.*, 23 juillet 1920, Ministre des Travaux publics 736, 12 avril 1930, Ministre des Travaux publics 479, 25 janvier 1933, Ministre des Travaux publics, 115, 22 juillet 1933 Besnard, 3 avril 1935 Garnier, 10 janvier 1934 Époux Stan 50, 4 juin 1943, Ministre des Travaux publics 143, 15 mars 1944 Pouget, 3 avril 1946 Ruffié 105.
(148) *C.E.*, 31 mai 1933 Chardonneau, Dussaud 599.
(149) *C.E.*, 15 janvier 1936, Ministre des Travaux publics. *C.E.*, 6 octobre 1944 Sté Streichenberger *R.D.P.*, 1946, 325 n. Jèze concl. Detotn, 27 mars 1947 Lapeyre 104.
(150) *C.E.*, 11 janvier 1939 Deffieux 12, 16 décembre 1938 Vve Cozé 951, 17 juin 1936 Dobel 664, 16 mai 1930 Lussaguet, *S.*, 1930-3-73 n. Rousseau, 18 janvier 1946 Fouchy 22.
(151) *C.E.*, 18 décembre 1942 Strassburger.
(152) *C.E.*, 18 décembre 1935 Département des Bouches-du-Rhône 1208.
(153) *C.E.*, 9 février 1940 Fourel.
(154) *C.E.*, 30 novembre 1945, Cantel 246.
(155) *C.E.*, 2 février 1934 Veuve Bellanger 172, 20 octobre 1937 Sénac 834, 13 novembre 1936, Société Hippique française 1038, 31 mai 1938 Cie des Chemins de fer du Nord 500, 9 mars 1938 Epoux Litzenbourger 255, 17 janvier 1945 Mollaret 15.
(156) *C.E.*, 26 février 1936 Knock 257, 29 juillet 1935 Roy 920, 11 décembre 1936 Békaërt, *S.*, 1936-3-128, 11 mai 1937 Veuve Arnal 497.
(157) *C.E.*, 1er janvier 1933 Castagnino, *J.C.P.*, 1933-2-104.

doivent s'attendre normalement à rencontrer certains obstacles sur la voie publique (158), sont de nature à atténuer la responsabilité de l'Administration.

Mais, si les usagers de l'ouvrage public doivent alléguer une faute de travail public, en est-il de même pour les tiers, c'est-à-dire pour les individus qui ne retirent pas un bénéfice direct de l'ouvrage ? Le Commissaire du Gouvernement Rivet pensait que la responsabilité pour inexécution de travail public envers les tiers, devait être mise en jeu par application de la théorie du risque (159). D'après lui, il était juste que la responsabilité de l'Administration put être largement engagée à l'égard des tiers qui, en contre partie du préjudice subi, ne retirent aucun avantage direct du fonctionnement de l'ouvrage public.

Il ne semble pas que la jurisprudence ai admis ce point de vue. Par un récent arrêt, le Conseil d'Etat vient, en effet, de décider que l'explosion d'une benne d'enlèvement des ordures ménagères, qui avait causé des dommages aux riverains de la voie publique, n'engageait pas la responsabilité de l'Administration, le travail ayant été effectué dans des conditions normales (160).

Or, par définition, le tiers a un rôle passif : le dommage l'atteint, sans qu'en principe il n'ait rien fait pour le provoquer. C'est bien là la situation des riverains. Il semble, dès lors, que l'on doive conclure que la théorie du risque ne joue pas en faveur des tiers. A moins de considérer qu'est usager toute personne susceptible d'utiliser éventuellement l'ouvrage public. Auquel cas on ne voit pas quels sont les individus qui rentreraient dans la catégorie des tiers.

On ne peut, à notre sens, tirer argument d'un arrêt Rousselle (161) où fut fait application de la théorie du risque à propos d'un accident survenu à un enfant qui avait grimpé à un pylône électrique. Cet enfant était bien tiers et non usager, car l'usage d'un pylône électrique ne se confond pas avec celui d'un mât de cocagne. Mais il a été vraisemblablement fait application de la théorie du risque en raison de la notion de caractère dangereux du pylône électrique (162).

Il semble donc que l'obligation d'assurer la sécurité par l'exécution d'un travail public ne soit pas absolue.

Elle disparait, ou est sérieusement atténuée lorsque le dommage n'est pas imputable à l'Administration, c'est-à-dire lorsqu'il n'y a pas de lien de cause à effet entre le préjudice et l'inexécution.

Le dommage peut être, en effet, imputable à la faute de la victime, plus souvent s'il s'agit de dommages à la personne, mais cela n'exclut pas l'hypothèse de la faute de la victime, à propos des dommages causés aux immeubles (163).

L'exonération de l'Administration est totale s'il est établi que le dommage ne serait jamais advenu sans le défaut de surveillance des parents, si la victime est un enfant (164), ou sans

---

(158) *C.E.*, 11 juillet 1944 Bachelerie 199.

(159) *C.E.*, 20 mars 1926 Grimaud, *R.D.P.*, 1926, p. 258.

(160) *C.E.*, 22 décembre 1944 Cie d'Assurance contre l'incendie l'Abeille. *D.*, 1945, J. 20 n. *P.L.J.*

(161) *C.E.*, 28 mars 1947 R. p. 143.

(162) V. *infra*, p. 275 et s.

(163) *C.E.*, 29 mars 1929 Sté de Commentry-Fourchambault-Decazeville 376.

(164) *C.E.*, 13 novembre 1936 Olive, 14 mai 1937 Lachaud. *S.*, 1937-3-106.

l'imprudence (165), les fausses manœuvres (166), les excès de vitesse (167) ou le mauvais état du matériel (168), de la victime à qui ses fautes peuvent encore plus être reprochées, si elle connaissait parfaitement l'état des lieux (169).

L'Administration n'est pas responsable de la chute d'un mur de clôture par suite de l'engorgement d'un aqueduc, lorsque le fait ne s'est produit que parce que la victime avait établi, sans autorisation, un grille au débouché de cet ouvrage (170). Le dommage n'est imputable qu'à la victime, si un accident d'automobile n'est arrivé que par la faute du conducteur qui a commis l'erreur de doubler en zone montagneuse (171) ; également, sil est du au fait qu'une boîte de vitesse n'a été abimée que parce qu'elle était trop basse pour ne pas risquer de heurter les rails (172). Il a été jugé aussi que la responsabilité de l'Administration n'était pas engagée, lorsque la cause du dommage provenait du défaut de résistance aux chocs d'une péniche, dont l'enfoncement était supérieur au maximum règlementaire (173) ou du défaut d'arrimage des marchandises sur un camion (174).

Mais cette faute de la victime qui peut consister, soit en une absence de précautions matérielles ou en une violation des règlements, n'exonère pas cependant entièrement l'Administration, si le dommage, ce qu'au besoin déterminera une expertise (175), peut être imputé pour une partie au fait de l''Administration. Auquel cas il y a lieu à partage des responsabilités suivant proportions variables selon les espèces, l'Administration ne devant alors allouer qu'une indemnité réduite (176).

L'Administration peut encore être exonérée de toute responsabilité, si le dommage est imputable à un tiers. C'est ainsi qu'elle est autorisée à alléguer qu'un entrepreneur de travaux publics a commis une négligence dont elle n'a pas à répondre (177) ou a

---

(165) *C.E.*, 25 février 1910 Dlle Etard 174, 17 juillet 1929 Berger 751, 4 décembre 1929 Montel 1070, 17 mars 1932 Muccio 342.

(166) *C.E.*, 20 janvier 1926 Girard 58, 8 janvier 1937 Pasteur Valléry-Radot *S.*, 1937-3-104, 5 janvier 1945 Sté Union Normande 9, 19 mars 1932 Cie Industrielle Assurances Maritimes et Transports, *D.*, 1932-3-33.

(167) *C.E.*, 22 mars 1932 Sté des Raffineries et Sucreries Say 254, 7 novembre 1934 Stéphan 1020, 20 octobre 1943 Secrétaire d'Etat aux Communications 229, 8 mars 1946, Ministre des Travaux Publics.

(168) *C.E.*, 13 janvier 1943 Sté des Messageries Laitières, 6.

(169) *C.E.*, 30 janvier 1929, Ville de Marville 127, 1er février 1933 Castagnino 145, 26 avril 1944 Vve Guillier 124.

(170) *C.E.*, 22 février 1922 Bougère 170.

(171) *C.E.*, 2 février 1940 Pourchet 47.

(172) *C.E.*, 17 juin 1925 Cie des Chemins de fer du Midi 589.

(173) *C.E.*, 9 décembre 1927 Werbeck 1291.

(174) *C.E.*, 23 juillet 1920, Ministre des Travaux Publics 736.

(175) *C.E.*, 10 janvier 1930, Préfet de la Haute-Loire 46.

(176) *C.E.*, 22 novembre 1907 Jacquelin 860, 6 juillet 1910 Faure 557, 11 avril 1924, Ministre des Travaux publics 400, 11 février 1927 Rifaut 201, 5 novembre 1930 Cie des Tramways de Sète 901, 26 octobre 1934, Ministre des Travaux Publics 966, 17 juillet 1935 Lanrart 830, 13 novembre 1933 Sté Hippique Française 1038, 19 mai 1936 Ville de Fréjus 581, 28 octobre 1936 Dollognon, 1er juin 1937 Bonne 580, 7 juillet 1937 Corvisier 676, 1er décembre 1937 Ville d'Antibes 987, 26 janvier 1938, Commune de Beuzec-Cap-Sizun 94, 2 novembre 1938, Ministre des Travaux Publics 824, 7 décembre 1938 Dlle Braccini 919, 8 mars 1939 Boffe 152, 20 décembre 1939, Ministre des Travaux publics 599, 26 janvier 1944, Secrétaire d'Etat au Communication 83, 24 mars 1944, Commune de Beaulieu-sur-Mer 115, 7 juillet 1944 Ville de Paris 195, 22 juin 1945 Dame Deval 135, 28 février 1947 Fontaine 89.

(177) *C.E.*, 17 juillet 1918 Boë 725.

manqué à ses obligations (178). L'Etat est en droit de faire valoir que si des inondations sont imputables à un égout qui fait partie de son domaine public, elles ont été provoquées par un défaut d'entretien qui incombait à une commune (179). D'une façon générale, la responsabilité de l'Administration n'est plus mise en cause, si le dommage est dû à l'intervention d'un tiers (180). Les tiers peuvent évidemment se défendre, l'entrepreneur, en alléguant que l'Administration a mal dirigé ses travaux (181), le concessionnaire, en prouvant qu'elle lui a livré un ouvrage public en mauvais état (182). Mais, s'ils ne sont pas capables d'apporter cette preuve, l'Administration ne sera pas déclarée responsable.

Enfin, la force majeure, c'est-à-dire la force irrésistible, crûe ou orage d'une gravité exceptionnelle (183), tempête d'une violence inaccoutumée (184), faits de guerre (185) exonère l'Administration à qui il ne peut être reproché de n'avoir pas exécuté des travaux de grande envergure qui dépassent les possibilités de son activité normale.

Toutefois, sa responsabilité reste entière si le dommage a été rendu possible par son incurie : si elle a, par exemple, laissé se détériorer des ouvrages de défense contre les crues (186), si une inondation a été aggravée par suite de l'abandon de matériaux dans le lit d'une rivière (187).

Il n'y aura donc exception de responsabilité pour cas de force majeure que si l'inertie de l'Administration n'a pas permis ou aggravé les effets d'une force qui doit être irrésistible : si celle-ci n'a pas été telle, si l'Administration ne peut établir qu'elle a été dans l'impossibilité d'y parer, sa responsabilité reste alors entière (188).

Faute de la victime, fait du tiers et force majeure, peuvent exonérer l'Administration parce qu'ils détruisent le lien de causalité matérielle entre le dommage et l'inexécution d'un travail public. Car, dès qu'il n'y a pas relation de cause à effet entre ces deux phénomènes, l'Administration ne peut être déclarée responsable (189).

Ainsi sont réunis les éléments caractéristiques de la faute du service : l'existence d'un préjudice — l'appréciation de l'activité d'un service, eu égard à ses possibilités, ses moyens, ses buts et à ce que l'on est en droit d'en attendre — et enfin la relation de cause à effet entre ce préjudice et cette inaction fautive.

---

(178) *C.E.*, 31 mai 1922 Lays 487.

(179) *C.E.*, 29 mai 1903, Ville d'Alger 442.

(180) *C.E.*, 23 juin 1911, Ministre des P.T.T. 731. Dommage imputable non à l'Etat mais au concessionnaire, 27 juin 1930, Ministre des Travaux publics 671 (passant blessé par la chute d'une branche d'arbre bordant une route nationale, arbre qu'un simple particulier était en train d'émonder pour son compte, sans être au service ni d'une administration, ni d'un entrepreneur).

(181) *C.E.*, 8 juin 1921, Ville de Bordeaux 551.

(182) *C.E.*, 9 juin 1920 Cie Parisienne d'Eclairage au gaz 570.

(183) *C.E.*, 27 novembre 1929, Ville de Nevers 1037, 17 juillet 1936 de Nailles 791, 11 janvier 1856 Canis 46.

(184) *C.E.*, 31 janvier 1930, Ministre des Travaux publics 135.

(185) *C.P.*, Limoges, 11 janvier 1947, *D.*, 1947 Somm. 24.

(186) *C.E.*, 26 décembre 1923, Ville de Perpignan 892.

(187) *C.E.*, 26 février 1909, Préfet des Pyrénées-Orientales 220, 21 juin Chemins de fer du Midi, 716.

(188) *C.E.*, 2 novembre 1933 Koopmans, 2 mars 1928, Ministre des Travaux publics 309.

(189) *C.E.*, 2 mai 1923, Ministre des Travaux publics 379, 11 août 1944 de Boisseson de Raymond 234.

Sous-Section 4. — Le double fondement de la responsabilité de l'Administration pour inexécution d'un travail public

Il y a donc analogie entre la faute de service public et la faute de travail public. Mais existe-t-il une semblable analogie, ainsi que l'avait pensé M. R. Capitant, entre la responsabilité mise en jeu par la théorie du risque en matière de service public, et la responsabilité mise en jeu par la théorie du risque en matière de travail public ?

On a fait valoir que la théorie du risque, comprise comme la violation du principe de l'égalité de tous devant les charges publiques, aboutit à indemniser tout dommage, que le défaut de fonctionnement d'un service ou d'inexécution d'un travail public soit normal ou anormal, c'est-à-dire, en fin de compte, à assurer les membres de la collectivité contre tous les risques inhérents à l'inaction administrative.

Or, cette théorie ne ménage pas les deniers publics, et peut entrainer l'Administration à un fâcheux état d'esprit d'insouciance. La responsabilité pour faute repose, au contraire, sur un fondement plus moral et ne charge pas les finances publiques d'un poids trop lourd. Par ailleurs, elle ne désavantage pas les repuérants, puisque devant le juge administratif, ils on simplement à « alléguer » la faute de service, le juge faisant lui-même l'instruction de l'affaire.

Néanmoins, il est des solutions de la jurisprudence qui ne peuvent s'expliquer que par un appel à la théorie du risque. On peut, en effet, distinguer entre les dommages qui sont inévitables et les dommages qui sont évitables, En ce qui concerne ces derniers, la faute, nous l'avons vu, consiste en « l'omission d'une précaution qui nécessitait une éventualité normalement prévisible » (190).

Mais l'inertie de l''Administration ne saurait être incriminée si elle a occasionné des dommages qui étaient inévitables, cela d'ailleurs sans qu'il y ait lieu de distinguer entre dommages permanents et dommages accidentels.

Les notions de permanent et d'accidentel sont, nous l'avons déjà dit, difficilement descriminables. Il paraît, en outre, injuste, si par dommages permanents on entend seulement ceux qui atteignent des immeubles (et c'est par là-même dans une certaine mesure déformer la notion de dommage permanent), de mieux protéger par la responsabilité fondée sur le risque, les biens immobiliers, que la vie ou la santé des individus.Il est certes regrettable qu'un immeuble soit privé d'accès à la voie publique ou détérioré par des racines d'arbre : mais l'Administration n'est-elle pas encore plus coupable d'avoir laissé près d'un ramblai, stagner des eaux qui ont occasionné des fièvres aux voisins du remblai (préjudice permanent s'il en est), alors que cependant une indemnité n'est accordée que parce que le Conseil d'Etat a relevé for-

---

(190) Blaevoet : « De l'anormal devant les Hautes juridictions civiles et administratives », *J.C.P.* 1946-1-560, n° 27.

mellement une négligence consistant dans l'inexécution de travaux aptes à faire évacuer ces eaux (191) ?

Remarquons d'ailleurs que la théorie du risque ne joue pas de façon absolue à l'égard des dommages permanents atteignant les immeubles.

Non seulement de pareils dommages ne sont indemnisables que s'ils sont matériels, directement imputables au voisinage du travail public, mais aussi et surtout — ce qui nous rapproche des conditions relatives à la mise en jeu de la responsabilité pour faute — que s'ils sont exceptionnels, c'est-à-dire, en fin de compte, anormaux. Les dommages causés par les racines des arbres, sont ainsi jugés exceptionnels (192), mais non par ceux qui proviennent de la chûte de leurs feuilles (193).

De plus, le dommage permanent est le dommage durable (194). Or, il peut devenir tel par la faute de l'Administration qui ne prend pas les mesures nécessaires pour prévenir ou apréger sa manifestation (195) : la responsabilité pour faute, fait donc présager la responsabilité pour risque.

Enfin, la théorie du risque admet qu'au cas de dommages permanents à un immeuble, la responsabilité de l'Administration peut être diminuée s'il est établi que le dommage a été aggravé par le mauvais état de l'immeuble. Les dégradations causées à une propriété par le passage des trains, ouvrent automatiquement un droit à indemnité (196). Mais, la responsabilité de l'Administration est atténuée si le dommage causé par la trépidation a été aggravé par la vétusté ou le vice de construction de l'immeuble (197).

Tout cela montre que le juge du travail public se préoccupe essentiellement d'examiner les conditions matérielles de l'opération. Ce n'est pas parce qu'un dommage est permanent que la théorie du risque joue, mais parce qu'il est inévitable. En fait, il y a confusion des deux notions en ce qui concerne les dommages aux immeubles lorsqu'ils proviennent de gênes de voisinage causés par un travail public, parce que techniquement l'opération la mieux conduite en ces matières ne peut éviter de pareils dommages. Il n'est pas possible d'empêcher que l'exhaussement d'une voie publique soit une entrave à l'accès des immeubles riverains ; mais un jour viendra, peut-être, où les moyens techniques aidant, il sera possible d'empêcher qu'à la suite du percement d'un tunnel, des eaux de sources soient détournées. Auquel cas la théorie de la faute sera appelée à entrer en jeu. Elle ne nuira pas aux administrés qui n'ont pas à la prouver, mais à l'alléguer. Elle contribuera ensuite à donner à l'Administration

---

(191) *C.E.*, 29 mars 1855 Cie des Chemins de fer d'Avignon à Marseille 258 : Considérant qu'il résulte de l'instruction que les fièvres d'accès dont le sieur Chaîne et sa famille ont, *pendant plusieurs années* subis les atteintes, ont eu pour cause la stagnation des eaux réunies dans les chambres d'emprunt creusées à 150 mètres environ de leur habitation pour y prendre les terres destinées aux remblais du chemin de fer d'Avignon à Marseille. Considérant que la Cie concessionnaire de ce chemin de fer a négligé de faire exécuter les travaux qui devaient procurer l'écoulement de ces eaux...»

(192) *C.E.*, 28 décembre 1925 Lacassagne 907.

(193) *C.E.*, 24 juillet 1931, Commune de Vic-Fézensac 860.

(194) *C.E.*, 12 janvier 1900 Sté Parisienne d'entreprise, *D.*, 1901-3-19.

(195) *C.E.*, 14 mai 1919, 426.

(196) *C.E.*, 22 juillet 1887, *D.*, 1888-5-491.

(197) *C.E.*, 29 avril et 1er juillet 1887. *D.*, 1888-3-87 et 111, 2 décembre 1903 Tissot. *D.*, 1906-5-31.

l'impression qu'elle doit mettre tous les moyens techniques en œuvre, c'est-à-dire à assurer par avance la sécurité des tiers et de leurs biens.

On peut nous objecter que la force majeure, elle aussi, rend le dommage inévitable, et que par contre, elle permet d'exonérer l'Administration. Mais la force majeure est un évènement détachable de l'opération de travail public. Le Conseil d'Etat se refuse ainsi à l'admettre lorsqu'il est prouvé que, malgré cet évènement imprévisible, l'Administration n'avait pas pris toutes les précautions nécessaires susceptibles de le prévenir ou en avait, par sa négligence, rendu la manifestation plus aisée (198).

Ainsi, la théorie du risque doit jouer chaque fois qu'il est établi que le dommage était inévitable. La jurisprudence paraît confirmer notre opinion, puisqu'elle fait application de cette théorie lorsque la cause du dommage se trouve dans un fait accidentel qui, techniquement, était inévitable.

La rupture d'un câble électrique, cause d'un incendie (199) ou d'une électrocution (200), la rupture, par la foule, d'une palissade qui bordait une tranchée, cause d'une chute dans cette tranchée (201), sont des évènements imprévisibles et donc inévitables.

Le caractère inévitable du dommage sera révélé en fait le plus souvent, par son allure exceptionnelle. Il en est ainsi en ce qui concerne les inconvénients du voisinage, occasionnés aux immeubles par l'exécution ou l'inexécution d'un travail public.

Mais il semble aussi que la jurisprudence du Conseil d'Etat considère que les dommages causés par des ouvrages en eux-mêmes dangereux, engagent la responsabilité de l'Administration, par l'application de la théorie du risque. Les dommages ainsi visés, sont surtout les électrocutions ou les intoxications par le gaz (202).

La théorie du risque doit ainsi, à notre sens, jouer chaque fois que le dommage ne pouvait être évité, soit qu'il affectat un caractère exceptionnel, soit qu'il provint d'un ouvrage public, par lui-même dangereux.

C'est donc aussi, à cette condition seulement, que le dommage, dont la cause est inexplicable, pourra être indemnité. On peut regretter que, théoriquement du moins, l'hypothèse du cas fortuit, puisse en certaines circonstances, exonérer l'Administration de toute responsabilité. Toutefois, le plus souvent, le dommage ainsi occasionné, aura un caractère exceptionnel, ou aura été le fait d'un ouvrage public dangereux (cf. arrêt Gaz de Beauvais). — Au reste, il nous paraît que notre point de vue est celui de la jurisprudence. En effet, le Conseil d'Etat a refusé d'accorder une indemnité aux riverains d'une voie publique, à la suite de l'explosion d'une benne d'enlèvement des ordures ménagères (203) : il a relevé que le travail avait été fait dans des conditions normales, l'accident étant dû à l'explosion inexplicable de la benne. Un évènement imprévisible ne peut être imputé à faute à

---

(198) *C.E.*, 30 juin 1893 Cauvin Yvose 548. Cf. Trib. cv. Seine 12 juin 1925, *S.*, 1926-2-37, cf. *supra* p. 274.

(199) Arrêt Gaz de Beauvais précité.

(200) Trib. cv. Avesnes 24 juillet 1941. *D.C.*, 1944, *J.* 132 n. Blavoet. *C.E.*, 13 mars 1936 Soulier. *S.*, 1936-3-49 b. P.L.

(201) *C.E.*, 21 juillet 1939, Ville de Melun 512.

(202) *C.E.*, 1er mai 1942 Soc. Gaz et Electricité de Marseille *D.A.* 1943-5, 28 mars 1947 Rousselle 143.

(203) *C.E.*, 22 décembre 1944 Cie d'Assurances contre l'incendie l'Abeille précité.

l'Administration. Par ailleurs, l'exécution quotidienne du travail public d'enlèvement des ordures ménagères, n'offre pas en soi un caractère dangereux. En tant que tel, un pareil travail public ne fait encourir aucun risque aux simples particuliers.

Ainsi que l'a fort bien noté M. Latournerie (204), tout le problème se ramène à un problème d'imputabilité matérielle. C'est dire qu'il est dominé par l'évolution technique des opérations de travaux publics. Plus l'Administration sera maîtresse des forces qu'elle déclanche, de ces forces « qu'elle a déchaînées avant de les avoir complètement asservies » (205), plus la théorie de la faute prendra de l'extension, car il sera alors possible à l'Administration de prévenir les défectuosités de son entreprise et les travaux qu'elle exécutera cesseront d'être en tant que tels dangereux et susceptibles de causer des dommages exceptionnels. La théorie du risque en matière de travaux publics est donc appelée à recevoir des applications de moins en moins fréquentes. Elle demeure nécessaire dans la mesure où elle permet d'indemniser des individus qui ont éprouvé un dommage exceptionnel, en raison de travaux publics à caractère intrinsèquement dangereux. Elle reste encore nécessaire quand intervient un dommage inévitable — parce que fatal — dû à une insuffisance technique strictement liée aux connaissances de l'époque. Le signe du caractère inévitable du dommage est révélé, à notre sens, par ceci, que faire disparaître la cause du dommage équivaudrait à une disparition ou à une altération de l'ouvrage public. La théorie de la faute pourrait jouer à l'encontre de l'Administration qui a négligé d'émonder des arbres dont les feuilles abiment des toits (206), mais la théorie du risque joue, au contraire, lorsqu'il s'agit de racines d'arbres qui menacent les fondations d'un immeuble riverain. Dans le premier cas, le remède au mal consisterait dans un émondage qui laisserait les arbres intacts, alors que dans le second, il serait nécessaire de couper les racines ou d'abattre les arbres, c'est-à-dire d'altérer ou de détruire un ouvrage public.

Dans ces deux hypothèses, ouvrage dangereux, ouvrage inévitablement dommageable, un droit à indemnité est ouvert : ce qui profite à la collectivité, ne pouvant être imposé comme charge définitive à un individu ou à un groupe d'individus.

Il semble, à première vue, paradoxal que la responsabilité de l'Administration ne soit engagée que par une faute, lorsqu'elle possède des moyens techniques perfectionnés et puissants. Mais, si l'on songe que des ouvrages publics, comme les lignes électriques risquent de rester longtemps encore dangereux en tant que tels, et que le juge sait, au besoin, apprécier durement la faute de l'Administration, il est préférable que l'Administration sache, à l'avance, qu'elle doit mettre en œuvre toutes ses ressources techniques, s'employer à éviter tout dommage, dans les limites des possibilités matérielles : mieux vaut, en effet, prévenir que punir.

---

(204) « De la faute et du risque à propos des dommages causés par les travaux publics », *R.D.P.* 1945, p. 5 et s.

(205) Latournerie concl. *C.E.*, 25 janvier 1929 Sous-secrétaire d'Etat aux P.T.T., *S.*, 1929-3-381 n. Bonnard. Cf. Mathiot n. *C.E.*, 12 janvier 1934 Forces Motrices du Haut-Rhin, *S.*, 1934-3-81.

(206) Il s'agit ici de l'affaire résolue par l'arrêt Commune de Vic-Fezensac (*C.E.*, 24 juillet 1931, p. 860). A la vérité le *C.E.* ne fait pas allusion à une faute possible de l'Administration. Il se contente de relever que le risque n'était pas anormal. Mais le laconisme de l'arrêt peut permettre de formuler l'hypothèse d'une faute ayant eu pour conséquence d'aggraver le risque : négligence prolongée dans l'émondage par exemple.

CHAPITRE III

LE DROIT AU FONCTIONNEMENT DES SERVICES PUBLICS ADMINISTRATIFS

Une fois créé et organisé, la raison d'être du service public est de fonctionner. Mais les administrés ont-ils droit à ce fonctionnement ?

Il est des individus qui tirent avantage du fonctionnement d'un service public, sans que celui-ci vise à la satisfaction individuelle de leurs intérêts, ni ne leur fournisse directement ses prestations à cet effet. Le service ne fonctionnant ainsi qu'en vue de satisfaire des intérêts généraux ou des intérêts particuliers autres que ceux du réclamant, celui-ci, selon les termes du doyen Bonnard, n'est qu'un bénéficiaire indirect, qui n'a pas un droit à l'activité du service (1).

La suituation de l'usager du service est tout autre. En effet, il reçoit directement et personnellement des prestations de la part d'un service, dont le but est précisément d'assurer directement et personnellement la satisfaction de ses intérêts. Seul donc, l'usager a droit au fonctionnement du service.

Mais encore faut-il déterminer comment et dans quelles mesures. La première question qui se pose est alors de savoir de quelle façon l'administré est investi de la qualité d'usager. Ensuite, il faut déterminer les droits de l'usager, c'est-à-dire déterminer la nature et la limite des obligations qui imposent à l'Administration de fournir la prestation et les services que l'on attend d'elle.

Nous étudierons, dans une première section, ces différentes questions : nous verrons que le droit de l'administré usager, est essentiellement un droit au fonctionnement légal du service, dont l'obligation est formulée et précisée par la loi et les règlements qui établissent un devoir juridique de fournir les prestations, plus ou moins impératif, selon qu'il a été laissé à l'Administration un pouvoir d'appréciation plus ou moins discrétionnaire.

Mais le droit au fonctionnement des services publics offre encore d'autres aspects. En premier lieu, ce fonctionnement doit être égal pour tous : dans une très large mesure, la notion de légalité inclut, en effet, celle d'égalité, et il est normal de reconnaître aux administrés le pouvoir d'exiger que leur soient fournies les prestations qui leur sont dues et qui ont été accordées à d'autres, ou que soient prises contre des tiers les mesures prévues par la loi et appliquées inégalement par l'Administration à certains individus seulement.

---

(1) *Précis de droit administratif*, 4me édit., p. 85, cf. aussi P. Laroque : « Les usagers des services industriels et commerciaux », *Thèse Paris*, 1933, p. 14 : Distinction entre usagers et clients des services publics industriels et commerciaux.

Enfin, le non fonctionnement d'un service public peut occasionner un dommage aux administrés : il s'agit alors de déterminer dans quelle mesure l'abstention, consistant soit dans un refus de fonctionnement, soit dans une négligence lors du fonctionnement, est susceptible d'engager la responsabilité de l'Administration.

SECTION 1. — LE DROIT AU FONCTIONNEMENT LEGAL DES SERVICES PUBLICS

Le droit au fonctionnement des services publics se manifeste selon des modes très divers. La situation des administrés qui font appel à la police, ont recours aux services de l'Etat Civil, ou font une demande en délivrance d'alignement, n'est apparemment pas la même que celle des administrés qui requièrent les prestations des services de distribution d'eau, de gaz et d'électricité, qualifiés d'industriels et commerciaux ou encore de prestataires. Dans le premier cas, les services demandés sont en général intermittents ; ils sont continus dans le second et l'usage est la fin propre du service. A ces différences de situation de fait, correspond-il des différences de statut juridique ?

Si la jurisprudence paraît avoir apporté une réponse définitive, la doctrine débat encore de cette question. Pour bien des auteurs (2), l'usager du service public est toujours dans une situation légale et règlementaire, car ce n'est qu'en vertu des lois et des règlements qu'il possède le droit d'exiger le fonctionnement, à son profit, du service public.

On a fait cependant remarquer que les prestations du service étaient fournies en vertu d'un accord préalable de volontés, et que tout accord de volontés constituant un contrat, l'usager était dans une situation individuelle contractuelle. Cette remarque a surtout été faite à propos des services prestataires, l'accord entre le service et l'usager étant, en effet, réalisé par une police d'abonnement qui précise les conditions dans lesquelles les prestations sont fournies.

Or, s'il y a contrat, les obligations déterminées par la volonté des parties, ne peuvent être modifiées que par la volonté des parties. Cependant, la jurisprudence a toujours admis que les modifications unilatérales du fait de l'Administration s'imposaient à des contrats en cours. Ceci interdit donc de penser que les clauses d'un contrat de concession fixant les maxima des prix de vente aux consommateurs, puissent s'analyser en une stipulation pour autrui, puisque celle-ci est irrévocable dès qu'elle est acceptée par les tiers bénéficiaires, en l'espèce, les usagers qui avaient contracté sur les bases des tarifs stipulés en leur faveur par le concédant.

Faut-il dire, dès lors, que l'abonnement contient, non seulement l'engagement de l'Administration d'accorder à un usager déterminé certaines prestations dont les conditions, fixées originairement par la loi et les règlement de service, peuvent être toujours modifiés par la loi et les règlements, sans que l'usager puisse se plaindre de ces conditions fixées ou modifiées ?

---

(2) Bonnard, *op. cit.*, p. 87 et s., p. 725, p. 754. Jèze : *Principe généraux de droit administratif*, T. III, p. II, *R.D.P.* 1931, p. 515. Duguit : *Traité de droit constitutionnel*, T. I, p. 221. « Situation des particuliers à l'égard des services publics », *R.D.P.*, 1907, p. 411.

Or, la jurisprudence affirme toujours que « si les polices d'abonnement souscrites par les particuliers se rattachent par leur origine à la convention passée entre la Compagnie et la Municipalité, elles n'en constituent pas moins un contrat distinct et indépendant, en ce qu'il a essentiellement pour but d'établir un lien d'obligation réciproque entre la Compagnie et ses abonnés, et elles ont, par cela même, le caractère d'un contrat d'ordre civil et d'intérêt purement privé » (3).

M. Waline explique cette jurisprudence en faisant valoir que le titulaire de la police d'abonnement a entendu se référer au cahier des charges (ou au règlement du service, s'il s'agit d'une régie), et en accepter, par avance, les modifications (4). Le recours à la volonté présumée a quelque chose de bien artificiel. Mais, c'est le seul moyen de rendre compte d'une jurisprudence qui unanimement considère que les relations entre usagers et services publics industriels et commerciaux, sont de nature contractuelles et confèrent aux usagers une situation de droit privé.

Tel est donc le droit positif. Peut-être n'a-t-il que peu de rapports avec la logique et le bon sens et ne répond-il qu'au souci des tribunaux judiciaires d'attirer à eux une part d'un contentieux qui met quotidiennement en cause des intérêts privés et à celui des juges administratifs, spécialement du Conseil d'Etat, de désencombrer leurs rôles. Mais tel qu'il est, nous devons le respecter. Aussi, fidèles au plan que nous nous sommes tracé, nous laisserons de côté tout ce qui a trait aux obligations contractuelles de l'Administration d'accorder aux administrés, les prestations des services. Cependant, il faut remarquer que l'usager se trouve dans une situation précontractuelle, tant qu'il n'a pas été investi de cette qualité. Comment peut-il, dès lors, exiger que lui soit attribuée la situation d'usager, n'ayant encore à sa disposition aucune action contractuelle ? Nous aurons donc, en premier lieu, un important problème à résoudre : celui qui est posé par l'existence à la charge de l'Administration d'une obligation de contracter en certaines hypothèses.

Nous examinerons ensuite dans quelles conditions les usagers qui se trouvent dans une situation règlementaire ou contractuelle, peuvent exiger le fonctionnement des services publics à leur profit.

Sous-Section 1. — Les obligations de contracter de l'Administration

La conclusion d'un contrat par l'Administration, qu'il s'agisse d'un contrat de droit privé ou d'un contrat administratif, c'est-à-dire comportant des clauses exorbitantes du droit commun, est très souvent une opération à procédure complexe (5). En effet, ce dont jouit l'Administration, ce n'est pas d'une capacité, mais d'une compétence à contracter. Celle-ci est limitée, en premier

---

(3) *C.E.*, 5 novembre 1937. *D.H.*, 1938-88. Cf. Cv 16 décembre 1878. *D.*, 1879-1-118, 14 avril 1885, *D.*, 1886-1-30, *T.C.*, 1er juillet 1935 Dlle Demangeon (*Revue des Concessions*, 1935, p. 229). *C.E.*, 4 mars 1938 Soc. la Teinturerie de l'Etat. *D.H.*, 1938-374. Req. 25 juin 1941, *D.A.*, 1941, *J.* 327 et *S.* 1941-1-157.

(4) N. Sous Douai 13 janvier 1938 *D.*, 1940-2-19 « De la situation juridique de l'usager du service public », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1933. Manuel élémentaire de droit administratif, 3me édit., p. 349. Dans le même sens, Teste « Les services publics de distribution », p. 399 et s. Péquignot : « Théorie générale du contrat administratif », p. 399 et s. Blaevoet n. sous Cv., 10 février 1932 et 24 octobre 1933. *D.*, 1935-1-33. Gosset *op. cit.*, p. 27. P. Laroque, *op. cit.* 1933, p. 227 (Mais avec des réserves).

(5) *Cf.* Péquignot, *op. cit.*, p. 196.

lieu, par des règles de fond : l'Administration est souvent obligée d'employer, pour les contrats qu'elle conclue, les cahiers des charges imposés à certains grands services publics — elle ne peut pas toujours contracter sur n'importe quelle matière, ni avec le co-contractant de son choix, parfois détermnié par une procédure à laquelle elle doit recourir (contrats formés par adjudication publique). — L'Administration est, en outre, limitée par des règles de forme qui organisent la compétence des divers agents publics (6), le contrat ne pouvant être définitivement conclu que lorsqu'a été opéré le concours de tous les organes, entre lesquels la compétence est fractionnée. L'agent compétent pour négocier, peut ne pas l'être pour conclure : une autorisation est alors nécessaire (7). Il arrive aussi qu'un contrat ne soit définitif qu'après avoir été approuvé par l'autorité supérieure, hiérarchique ou de tutelle. Enfin, lorsqu'on se trouve en présence d'opérations comme l'adjudication, à chacun des divers stades de la procédure, intervient une décision de l'autorité compétente. Si bien que le problème du pouvoir discrétionnaire de l'Administration, en matière de conclusion des contrats, se pose, à l'égard d'actes très divers, qui concourent progressivement à la formation des dits contrats.

§ 1er. — *Le refus de contracter relève, en principe, du pouvoir discrétionnaire.*

C'est un principe incontesté en droit privé que nul ne peut être obligé de contracter, les contrats n'étant valablement formés qu'à la condition que le consentement ait été libre (8).

Il en a été ainsi jugé à propos du refus de vendre un terrain nécessaire à l'élargissement d'un canal (9), du refus de renouveler un contrat de travail (10), d'embaucher un non syndiqué (11), d'admettre un individu dans un syndicat (12), même du refus d'un médecin d'accorder ses soins à une personne qui les sollicitait (13), et enfin du refus de se marier (14).

Il en est autrement lorsque le refus de contracter se rapporte à l'exercice d'une fonction publique (15) ou lorsqu'il s'agit d'un

---

(6) Un refus de contracter constitue un excès de pouvoir dès lors qu'il n'émane pas de l'agent compétent pour le prononcer : *C.E.*, 3 mars 1944 Soc. anonyme des Mines de soufre de Malvezy 77.

(7) *C.E.*, 18 janvier 1926 Noury 31.

(8) Sur la portée du silence en matière de formation des contrats. V. *supra*, p. 20 et s.

(9) Cass. 24 novembre 1924. *S.*, 1925-1-222.

(10) Cv. 14 décembre 1927. *D.H.* 1928-51.

(11) Trib. Bordeaux 14 décembre 1927, *D.H.*, 1928-76.

(12) Trib. Seine 7 décembre 1927, *D.H.*, 1928-76.

(13) C. Pau 1er mai 1900. *S.*, 1900-2-301. Cette règle a été précisée par le décret du 27 juin 1947 portant Code de déontologie médicale (*J.O.*, 28 juin, p. 5.993) dont l'article 3 stipule que « quelle que soit sa fonction ou sa spécialité, hors le cas de force majeure, tout médecin doit porter secours d'extrême urgence à un malade en danger immédiat si d'autres soins médicaux ne peuvent pas lui être assurés ».

(14) Trib. Saumur 17 avril 1947. *D.*, 1947 Somm. 28.

(15) Cf. *L.* 25 Ventôse an XI pour les notaires. *D.*, 14 juin 1813, art. 42 pour les huissiers.

monopole de droit ou de fait (16). Auquel cas, le refus de contracter ne peut être opposé que s'il y a eu faute de l'autre partie (violation de la loi et des règlements, attitude ou tenue, hostile ou indécente, eu égard aux circonstances).

Cependant, le refus de contracter peut faire naître une responsabilité à la charge de celui qui l'oppose, si l'autre partie arrive à prouver que ce refus a été commis dans l'intention de lui nuire (17), ou qu'il est du à une négligence coupable (cas du médecin qui ne donne pas son concours en cas d'urgence, aucun autre médecin ne se trouvant à portée et disponible (18). Mais ce n'est pas le refus de contracter en tant que tel qui est fautif : la faute provient d'un acte détachable de ce refus, condition qui la rend souvent difficilement appréciable (19).

De pareils principes, au prime abord, doivent régir les refus de contracter en droit public. Là où l'individu est libre, l'Administration ne doit-elle pas, à fortiori, posséder un pouvoir discrétionnaire ?

A cela, on peut répondre que la solution n'est pas si évidente. Car, lorsque l'Administration contracte, ce n'est pas tant pour elle que pour assurer la marche des services publics, dans l'intérêt de tous. N'existe-t-il pas d'ailleurs en droit privé une obligation de contracter lorsque l'activité de celui à qui on s'adresse tend à l'exécution d'une sorte de service public (officiers ministériels, médecin) ? (20).

Mais cet intérêt de tous est, en principe, l'intérêt général, c'est-à-dire tout autre chose que la somme des intérêts de chacun. Et, dans la mesure où la conclusion d'un contrat, vise à assurer cet intérêt général, l'Administration peut, discrétionnairement, refuser de contracter, car elle est seule juge de l'intérêt général.

Ce pouvoir discrétionnaire, nous allons en faire l'étude, à propos des diverses opérations qui concourrent à la formation des contrats de l'Administration. Nous terminerons par l'examen de ce contrat administratif si spécial que constituent les offres de concours par lesquelles les administrés peuvent provoquer l'Administration à contracter : nous verrons que si, en principe, elle peut ne pas accepter de telles offres, il est cependant des cas dans lesquels son refus constitue un excès de pouvoir.

Ainsi que nous l'avons déjà dit, le refus de contracter n'a pas le même aspect en droit privé et en droit public. Dans le premier cas, ce qui est mis en jeu, c'est la capacité de contracter.

---

(16) Crim. 12 mai 1854. *D.*, 1854-1-208 (refus de vendre du pain)., 12 juillet 1862, *D.*, 1863-1-485 (refus d'accepter un voyageur dans un hôtel). Il faut signaler que de tels actes contrevenaient à des règlements ; cependant la motivation des arrêts leur conserve une valeur générale.

(17) Trib. Bordeaux et Seine précités.

(18) C. Pau précité.

(19) Ce n'est pas la rupture de la promesse de mariage qui est fautive. Mais les rapports sexuels suivis de grossesses sont-ils fautifs s'il y a eu entraînement volontaire ? Oui pour le Trib. de Saumur précité. Non pour Poitiers, 24 octobre 1928. *D.*, 1929-2-19 n. Voirin. La rupture de fiançailles n'est fautive que si elle a été accompagnée d'actes par eux-mêmes fautils : rupture publique et outrageante ; cf. C. Appel Bruxelles, 18 nov. 1939, *S.*, 1939 4-23 C. Riom 26 mars 1941, *S.*, 1941-2-45 (rupture après que le fiancé ait imposé à sa fiancée l'engagement écrit lui réservant l'exclusivité de sa vie sentimentale et de la direction de ses distractions, sorties et relations, et ait exigé d'elle la remise de certificats constatant son aptitude au mariage et sa virginité).

(20) Cf. Jèze : « Essai d'une théorie générale de la compétence pour l'accomplissement des actes juridiques en droit public ». *R.D.P.*, 1923-58.

Dans le second, c'est la compétence de l'agent public à contracter. Or, il est un point que nous devons préciser liminairement et brièvement. Il y a, en droit privé, un très grand nombre d'engagements de faire valides. En droit public, il en est tout autrement, car, si un individu est, en principe, capable de s'engager pour l'avenir, un agent public ne peut s'engager à exercer ou à ne pas exercer sa compétence dans l'avenir : une promesse de faire peut, en effet, gêner le bon fonctionnement du service qui ne peut être apprécié longtemps à l'avance, mais suivant les circonstances du moment ; de plus, l'agent public ne sait pas s'il exercera encore sa compétence lorsque la promesse viendra à réalisation ; il ne peut donc pas lier ses successeurs éventuels. Ce sont là le même problème et les mêmes solutions que nous avons rencontrés lors de l'étude des promesses de nomination. La promesse n'est obligatoire que si la loi le prévoit formellement : auquel cas la compétence des fonctionnaires est liée ; c'est une forme de son obligation d'exécuter le service public en faveur de ses bénéficiaires (21).

Ce pouvoir discrétionnaire est-il aussi absolu lorsqu'il s'agit de l'exercice actuel de la compétence ? C'est ce qu'il nous faut maintenant déterminer.

La plupart des grands contrats administratifs, marchés de fournitures, marchés de travaux publics, sont conclus ou « passés » suivant diverses procédures, dont la plus utilisée, du moins en économie libérale, est celle de l'adjudication : nous devons donc chercher à savoir quel est le rôle du pouvoir discrétionnaire de l'Administration lors de chacun des actes qui composent cette procédure. Ensuite, nous passerons à l'étude des décisions par lesquelles les contrats deviennent définitifs. Enfin, nous terminerons par celle des offres de concours qui nous montrera à partir de quel moment peut naître à la charge de l'Administration une obligation de contracter.

1° *L'Adjudication :*

Deux problèmes essentiels sont posés par l'adjudication des marchés publics. L'Administration peut-elle préventivement éliminer certains adjudicataires éventuels ou est-elle obligée d'assurer à tous le libre succès à l'adjudication ?

Doit-elle enfin attribuer le marché automatiquement ou au concurrent de son choix ?

Nous répondrons successivement à ces deux questions :

A) Le libre accès à l'adjudication.

Le principe classique de l'économie libérale est celui du libre accès, afin d'assurer le jeu de la concurrence, l'égalité entre les entrepreneurs ou fournisseurs, de permettre une adjudication au plus bas prix possible, et de limiter l'arbitraire de l'Administration en lui retirant le libre choix des participants.

Le principe du libre accès implique en premier lieu celui de la libre concurrence. Mais, en général, l'Administration n'est pas sur ce point assujettie à une obligation de faire : il lui est simplement interdit d'écarter à l'avance tous les contractants possibles. On pourrait, au contraire, voir des obligations de faire dans des opérations connexes : telle la délivrance des certificats de capa-

(21) *C.E.*, 23 octobre 1931, Balley *D.H.*, 1932-43 : Indemnité accordée à un officier de gendarmerie pour non réalisation d'une promesse de logement en nature, celui-ci étant dû en vertu de la règlementation.

cité où il est reconnu cependant un pouvoir discrétionnaire à l'Administration (22) de même qu'en ce qui concerne l'interprétation de ce certificat (23).

La question de savoir s'il existe une obligation de faire à la charge de l'Administration se pose surtout à l'égard du problème de l'admission. L'Administration est-elle ou non obligée d'admettre tout entrepreneur à concourir à l'adjudication ?

Si le concurrent se présente dans des conditions irrégulières, non seulement l'Administration peut, mais encore doit, l'évincer, ce qui ouvre un recours aux autres concurrents s'il a été proclamé adjudicataire (24). Toutefois, s'il n'a commis que des irrégularités de procédure, cette obligation d'éviction n'existe que si ces irrégularités sont substantielles (25) étant entendu, par ailleurs, que celles-ci peuvent être couvertes par la suite si l'Administration y consent (26), ou ne sont pas répréhensibles si elles sont dues à la faute d'un agent de l'Administration (27) contre lequel le concurrent possède, en outre, un recours (28).

Lorsque le concurrent se présente dans des conditions régulières, il semble anormal de reconnaître à l'Administration le pouvoir discrétionnaire de refuser de l'admettre à l'adjudication. C'était là pourtant la solution traditionnelle de la jurisprudence (29). Cependant, si celle-ci se refusait toujours à contrôler le bien fondé des motifs de l'Administration (30), elle en contrôlait l'existence lorsque le refus d'admission était motivé (31) : ainsi n'étaient pas considérés comme valablement motivés les refus fondés sur ce que les candidats ne remplissaient pas certaines conditions, qui étaient illégales (32), non prévues par la loi (33), ou dont la loi dispensait formellement le candidat (34).

Le Conseil d'Etat vérifiait aussi si la décision n'était pas entachée de détournement de pouvoir, c'est-à-dire si l'Administration n'avait pas refusé d'admettre un candidat pour tous autres motifs que ceux tirés de l'intérêt du service (35).

Enfin, des dommages et intérêts peuvent être accordés, bien que le refus soit discrétionnaire, sans qu'il puisse être évidemment question d'indemniser le manque à gagner (36). Seuls, les tribunaux administratifs sont compétents pour apprécier cette responsabilité (37).

Cette jurisprudence était particulièrement sévère, étant donné que l'Administration jouit toujours d'un pouvoir d'exclusion géné-

---

(22) *C.E.*, 19 août 1835 Culhot-Chassi 521.
(23). *C.E.*, 9 janvier 1843 Chavelon 13.
(24) *C.E.*, 28 juin 1912 Cazenave 762, 6 août 1915 Cochet 285, 13 juin 1934 Banielli 669,, 11 février 1938 Baudard 142, 21 juillet 1939 Faure 508.
(25) Cf. Quancard : « L'Adjudication des marchés publics », *Thèse Paris*, 1954, p. 85 et s.
(26) *C.E.*, 18 juin 1943. Sté des Etabl. Fraissinet 380.
(27) *C.E.*, 2 février 1938, Franel 121.
(28) *T.C.*, 10 avril 1880 Gorry 537.
(29) *C.E.*, 23 avril 1899 Barralis 328, 16 novembre 1901 Baltardive 808, 31 mars 1882 Verdullet 308, 29 octobre 1914 Le Clainche 102, 24 janvier 1919 Soc. Française des asphaltes 90, 27 mai 1930 Hughues 576, 11 février 1931 Ballanger 160, 21 juillet 1932 Eloy 761, 26 juillet 1932 Guignes 1413.
(30) *C.E.*, 7 juillet 1851 Rouget 498.
(31) *C.E.*, 25 janvier 1925 Pourcel 91.
(32) *C.E.*, 20 octobre 1937 Marquis 833.
(33) *C.E.*, 2 février 1938 Franel 121.
(34) *C.E.*, 15 mai 1914 Ducret 606.
(35) *C.E.*, 4 août 1905 Lespinasse, *S.*, 1907-3-106 concl. St-Paul 28 juillet 1911 Rouveroix 1932.
(36) *C.E.*, 4 août 1913 Davoigneau 972.
(37) *T.C.*, 12 décembre 1908 Garenne 1028.

rale des adjudications. Lorsque celle-ci est prononcée comme conséquence de l'inexécution défectueuse d'un marché, l'entrepreneur peut cependant s'élever contre pareille pénalisation, en invoquant les clauses de son marché qui prévoient plus ou moins largement les motifs d'exclusion. Si bien que le Conseil d'Etat qui avait commencé par affirmer que l'exclusion était toujours discrétionnaire (38), a fini par admettre un contrôle du détournement de pouvoir (39), de l'existence des motifs (40) et même de la validité des motifs (41). Par contre, l'Administration possède un pouvoir totalement discrétionnaire d'exclusion générale, lorsque l'entrepreneur ne peut plus invoquer les stipulations d'un marché (42).

Il y a là une sérieuse atteinte au principe de la libre admission et de la libre concurrence. Faut-il donc permettre qu'une autre atteinte lui soit portée par une décision d'exclusion individuelle ? Pratiquement, cela peut aboutir par l'exclusion de tous les candidats sauf un, celui de l'Administration à attribuer le marché à celui-ci. Si bien que les autres concurrents, non seulement voient s'anéantir leurs espérances légitimes, mais encore ne peuvent pas ultérieurement critiquer les opérations d'adjudication (43). Aussi, n'est-il pas étonnant que la doctrine se soit élevée contre le refus d'admission des candidats réguliers (44). La jurisprudence paraît s'être avancée dans cette voie par l'arrêt Franel (45) qui a annulé un refus d'admission, motif pris de ce que le concurrent ayant satisfait à toutes les conditions requises ne pouvait être évincé. Mais le contrôle du juge ne peut jouer que si les refus d'admission sont motivés : un pas en avant ne sera fait que le jour où les cahiers des clauses et conditions générales imposeront à l'Administration de motiver de pareilles décisions.

Il paraît d'autant plus juste de ne pas reconnaître à l'Administration un pouvoir discrétionnaire dans l'admission à adjudication, qu'elle peut, par d'autres procédés, disposer aisément du choix de son co-contractant.

En effet, il s'est développé, depuis le début du XX^me^ siècle, un mouvement tendant à écarter les principes traditionnels de libre accès à l'adjudication, tant pour préserver les intérêts de l'Administration, que pour assurer les intérêts économiques et sociaux étrangers aux intérêts du service public contractant.

L'adjudication restreinte (dont le régime a été systématisé par le décret du 6 avril 1942) permet, en premier lieu à l'Administration de choisir discrétionnairement les concurrents présentant le plus de capacités tehniques. Toutefois, l'Administration ne peut utiliser discrétionnairement ce procédé : il est, en effet, utilisable seulement pour « les marchés ne pouvant être livrés à une concurrence illimitée ».

---

(38) *C.E.*, 16 août 1859 Didier 599, 8 février 1934 Corre 103.
(39) *C.E.*, 18 février 1910 Noguès 132.
(40) *C.E.*, 24 juillet 1914 Joufret 941.
(41) *C.E.*, 11 mars 1927 Lorenzo 315.
(42) *C.E.*, 10 décembre 1937 Soc. des entreprises générales 1021, 28 janvier 1944 Pons *D.A.*, 1944-3-64.
(43) *C.E.*, 28 juin 1912 Cazenave 279, 28 octobre 1914 Monteil 1024.
(44) Jèze : Principes généraux de droit administratif, T. 4, p. 88. Bonnard *op. cit*, p. 611. Waline *op. cit.* p. 392.
(45) *C.E.*, 2 février 1938 R. p. 121.

Enfin des limitations au libre accès ont été apportées par le décret de 1942 et vont même jusqu'à la suppression du principe. Dans le but de protéger l'économie nationale, les entrepreneurs étrangers peuvent être, en certaines circonstances, exclus de l'adjudication. Le pouvoir discrétionnaire de l'Administration apparaît aussi dans le régime des marchés réservés, tout au moins en ce qui concerne l'inscription sur la liste des bénéficiaires de la réserve des lots (46).

B) L'attribution du marché.

Nous serons particulièrement bref sur ce moment de la procédure de l'Adjudication. A la question que nous avons plus haut formulée de savoir si l'Administration pouvait attribuer le marché au concurrent de son choix, nous ne pouvons que répondre négativement.

En effet, l'adjudication repose essentiellement sur l'attribution automatique du marché à l'entrepreneur qui a proposé le prix le plus bas. L'Administration doit donc accepter le concurrent qui a proposé le moindre prix : il n'est plus question pour elle de pouvoir choisir. Il en est de même lorsque l'adjudication est faite sur cœfficients, c'est-à-dire lorsque les concurrents sont invités, non seulement à proposer un prix, mais aussi à présenter des échantillons du travail ou de la fourniture demandé : l'adjudication se fait alors aussi automatiquement en tenant compte de ces deux éléments, évalués au moyen de cœfficients dont la combinaison désigne le bénéficiaire de l'adjudication.

Mais l'attribution n'est que la désignation du concurrent ainsi reconnu le plus apte. Bien que l'Administration ne puisse plus le choisir discrétionnairement, cela ne signifie pas pour autant que le marché soit définitivement conclu. Car, pour être tel, il doit être approuvé.

2° *L'approbation des contrats administratifs.*

Selon M. Quancard (47) l'approbation valide et conclue le marché. C'est aussi l'opinion de M. Jèze (48). Mais ce n'est pas celle de M. Péquignot (49). Cet auteur fait, en effet, justement remarquer qu'on ne peut par parler de conclusion de contrat lorsque l'autorité chargée de donner son approbation n'est pas compétente pour former ce contrat. Généralement, il s'agit d'une autorité de tutelle qui ne représente pas l'autorité contrôlée : c'est pour celle-ci et non pour celle-là que naissent les droits issus du contrat. Par ailleurs, il n'y a pas de « néant juridique » avant l'approbation, puisque l'Administration est tenue de respecter certaines obligations et formalités de procédure et que la théorie

---

(46) Sur tous ces points, V. Bonnard : « La Passation des marchés de travaux publics », *R.D.P.* 1943, p. 160. *Précis de droit administratif*, 2me édit., p. 607 et s. Quancard, *op. cit.*, p. 106 à 142.

(47) *Op. cit.*, p. 174.

(48) *Principes généraux de droit administratif*, T. IV, p. 105.

(49) *Op. cit*, p. 205 et s.

(50) *C.E.*, 21 juin 1826 Delapeyrière, 16 janvier 1828 Pautard 67. Cette affirmation du pouvoir discrétionnaire est donc antérieure à l'époque que fixe M. Quancard, *op. cit.*, p. 175. Cf : *C.E.*, 16 mars 1894 Lhermite 218, 16 juillet 1915 Mazéré 244, 9 juillet 1920 Anselme 662.

de l'imprévision s'applique à la période comprise entre la soumission et l'approbation.

Néanmoins, nous ne croyons pas la thèse de M. Péquignot exacte. Cela, parce que l'Administration peut discrétionnairement refuser d'approuver un contrat, ensuite parce que si un tel refus discrétionnaire est susceptible d'entrainer la responsabilité de l'Administration, ce n'est pas en raison d'un manquement à une obligation antérieurement mise à sa charge.

Le pouvoir discrétionnaire depuis toujours reconnu à l'Administration (50), consiste en un droit de veto sur la personne de l'adjudicataire. L'automatisme de la procédure de l'adjudication peut avoir, en effet, promu un concurrent indésirable. Le marché peut être devenu inopportun par suite de changement dans les besoins du service, ou bien les résultats des concours sont financièrement inacceptables.

L'Administration n'est pas en principe obligée de motiver sa décision. Néanmoins, elle le fait souvent, invoquant soit une irrégularité de procédure, soit la défense de ses intérêts financiers mis en péril par un rabais insuffisant, des manœuvres frauduleuses ou une coalition d'entrepreneurs, soit la défense de ses intérêts administratifs mis en péril par l'incapacité de l'adjudicataire qui peut aussi ne pas présenter de garanties de bonne exécution du marché. Cette motivation des décisions permet donc au juge de contrôler l'existence matérielle ou juridique des motifs.

Son contrôle s'exerce aussi sur le détournement de pouvoir : le refus n'est valable que s'il repose sur des motifs tirés de l'opération elle-même. Constitue donc un détournement de pouvoir le refus d'un Préfet d'approuver la location d'un presbytère alors qu'il n'y a pas subvention déguisée au culte (51), ou la répartition de coupes affouagères tant qu'un Conseil Municipal ne se serait pas conformé à la loi du 2 juin 1907, sur les locations de presbytère (52). On peut rapprocher cela de la jurisprudence, qui voit un détournement de pouvoir dans le refus d'un Préfet d'approuver un budget communal tant qu'un Conseil Municipal n'aurait pas pris certaines mesures à l'égard desquelles il possédait pourtant un pouvoir discrétionnaire (53).

Généralement, le refus d'approbation est explicite. Cependant, il arrive parfois que l'Administration garde le silence. La jurisprudence interprète toujours celui-ci comme une décision de rejet (54) en vertu du principe que nul « ne peut obliger personne à contracter, serait-ce pour le compte de la puissance publique » (55).

Il faut se garder de confondre le silence et l'approbation tacite, le Conseil d'Etat ayant toujours déclaré que l'approbation n'avait pas besoin d'être exprimée ou revêtue d'une forme déterminée : ainsi, le Préfet qui a négligé de donner son approbation à la délibération du Conseil Municipal décidant la location d'une

---

(50) *C.E.*, 21 juin 1826 Delapeyrière, 16 janvier 1828 Pautard 67. Cette affirmation du pouvoir discrétionnaire est donc antérieure à l'époque que fixe M. Quancard, *op. cit.*, p. 175. Cf. : *C.E.*, 16 mars 1894 Lhermite 218, 16 juillet 1915 Mazéré 244, 9 juillet 1920 Anselme 662.

(51) *C.E.*, 28 décembre 1913 Commune de Chambon 1164.

(52) *C.E.*, 10 mars 1911 Commune de Boujaille, *S.*, 1912-3-41 n. Hauriou.

(53) *C.E.*, 29 juillet 1910 Commune de Mont Sagor 623, 18 mars 1910 Commune d'Hanouville 246, 13 décembre 1912 Commune de Montlouis 119, 8 mai 1914 Commune de Saint-Thélo 554.

(54) *C.E.*, 14 décembre 1923 Hériot 859.

(55) Gouttenoire *op. cit.*, p. 246.

maison destinée à héberger une école primaire, ne peut exciper de cette négligence lorsqu'il a par la suite invité le propriétaire à se présenter pour signer le contrat (56).

Enfin, et ceci est très important, le refus d'approbation pouvant être en certaines circonstances dommageable, la jurisprudence admet que, quoique discrétionnaire, il puisse parfois être fautif (57).

M. Pepy (58) a donné à cette responsabilité un fondement contractuel : le refus d'approbation serait la rupture par l'Administration de l'engagement qu'elle aurait pris de ne rien faire pour empêcher le contrat de devenir définitif. Or, il est impossible de parler d'engagement contractuel puisque, par définition, le contrat n'existe pas.

M. Alibert (59) explique que cette responsabilité repose sur la théorie de l'enrichissement sans cause. Beaucoup d'arrêts ne peuvent que s'interpréter ainsi, mais uniquement ceux où une indemnité est allouée en raison du profit retiré par l'Administration des plans, projets ou travaux présentés ou effectués antérieurement au refus d'approbation. Du fait qu'il n'est pas tenu compte du manque à gagner, il semble bien qu'il soit fait là application de la théorie de l'enrichissement sans cause (60).

Mais cette théorie ne peut expliquer toutes les décisions. Certains arrêts font, en effet, ressortir que le requérant doit établir que le refus d'approbation résulte d'une faute de l'Administration pour qu'il soit susceptible d'engager sa responsabilité (61), car le refus de contracter en tant que tel n'est pas fautif (62).

Il y a là une responsabilité quasi-délictuelle, analogue à celle qui peut résulter du refus de contracter un droit civil et obéissant aux règles de la responsabilité quasi-délictuelle en droit public.

On voit ainsi sanctionnés des refus d'approbation dus à la négligence des autorités compétentes et des retards abusifs dans l'approbation. En même temps, la faute de l'adjudicataire est souvent retenue, pour atténuer ou faire disparaître la responsabilité de l'Aadministration (63).

Néanmoins, M. Péquignot (64), ainsi que nous l'avons dit, refuse à donner un fondement quasi-délictuel à la responsabilité de l'Administration. D'abord parce qu'il n'existe rien de tel en droit privé : or, ceci est inexact. Ensuite, dit-il, parce qu'il n'y a faute en droit public que pour manquement à une obligation préexistante, qui, en l'espèce, est de nature légale et règlemen-

---

(56) *C.E.*, 30 novembre 1900 Commune de Charenton 687.

(57) Seuls les tribunaux administratifs sont compétents pour apprécier une telle faute. *T.C.*, 12 mai 1883 Calmels 490.

(58) n. *C.P.* Grenoble 24 juin 1927, *D.*, 1928-3-25 et *C.E.*, 24 juin 1938 Commune d'Huos. *D.*, 1939-3-25.

(59) N. sous *C.E.*, C° Navigation Frayssinet, *S.*, 1937-3-41.

(60) *C.E.*, 10 février 1899 Sté des Chemins de fer à intérêt garanti 120, 23 février 1900 Sté des Abattoirs Municipaux 150, 15 janvier 1909 Antoine 50, 29 novembre 1929 Chatelot 1099, 11 avril 1930 Veuve Lachambre 441, 20 février 1935 Barrère 217, 6 mai 1936 Sté Electro-Entreprise 501, 1er février 1946 Office des Habitations à Bon Marché de la ville de Marseille. *S.* 1946 Chr. 69.

(61) *C.E.*, 27 février 1947, Sté des glacières de l'Alimentation 85, 2 mai 1947 Consorts Le Marois 178.

(62) *C.E.*, 17 novembre 1895 Crébessac 424, 14 janvier 1931 Conquy 40, 16 novembre 1939 Bonufacy 562.

(63) *C.E.*, 27 janvier 1930 Vuitton 81, 28 janvier 1944 Commune de Wimile 35, 8 septembre 1944 Préfet de la Seine-Inférieure 250, 13 avril 1945 Commune de Thierville 74, 6 juillet 1945 Lucas 147.

(64) *Op. cit.*, p. 209.

taire. Par là, cet auteur entend les obligations qui découlent des règles de forme et de compétence.

Mais il est de la compétence de l'Administration d'accorder ou non, discrétionnairement, son approbation. Etant entendu que ce refus ne peut être lui-même fautif, il faut en conclure que la faute réside dans d'autres actes de l'Administration. Quels peuvent être ceux-ci ? Un arrêt récent nous apprend que le service public contractant « ne peut être tenu de payer que le montant des travaux dont il a profité » à moins « qu'il n'ait commis une faute de nature à engager la responsabilité, soit dans la conception du projet, soit dans la procédure tendant à l'approbation de l'autorité de tutelle » (65).

Mais des négligences, des retards ne sont pas des atteintes à cette procédure même. Il n'y a pareille atteinte que lorsque l'intervention d'une administration a déterminé le refus d'approbation de l'autorité compétente (66) : mais encore faut-il qu'il y ait eu mauvaise foi de sa part, atteinte à la confiance légitime de l'adjudication (67). N'est-ce pas là le fondement même de la responsabilité délictuelle ? Il se peut que la loi soit ainsi violée : mais toute illégalité n'est pas nécessairement fautive. La responsabilité de l'Administration consiste donc essentiellement en un manquement à son obligation de gérer convenablement, selon les règles d'une conduite et d'une diligence moyenne, les intérêts du service public.

3° *Les offres de concours :*

Il nous faut pour terminer dire un mot de ce procédé par lequel les simples particuliers peuvent provoquer l'action de l'Administration en mettant à sa disposition des biens ou des espèces destinés à faciliter l'exécution d'un service public ou d'un travail public.

Ces offres émanant de simples particuliers (mais étant parfois aussi le fait dune autre administration) peuvent être intéressés ou non, spontanées ou provoquées, avoir pour objet un travail ou un service public, être présentées sous forme de participation en argent ou en nature, pure et simple ou affectées de modalités.

Mais l'offre de concours, quelle que soit son apparence, est toujours un contrat administratif (68) qui relève du contentieux administratif (69) et plus spécialement du Conseil de Préfecture s'il s'agit d'une offre en vue d'un travail public (70).

Ce caractère lui a été dénié par certains auteurs, dont M. Jèze (71). Mais sil est vrai que l'offre de concours ne peut

---

(65) *C.E.*, 1er février 1946 office des H.B.M. de Marseille, précité.

(66) *C.E.*, 24 juin 1938 Commune d'Huos. *D.*, 1939-3-25 n. Pépy.

(67) *C.E.*, 11 mai 1932 Ministre des Travaux Publics 480 : l'arrêt relève que l'attitude de l'Administration avait été telle que la conclusion du marché pouvait paraître assurée.

(68) *C.E.*, 1er mai 1846 Bertin 275, 18 déc. 1846 Commune de Nanteuil 562.

(69) Trib. cv. Lourdes 24 mai 1933 *D.H.*, 1933-471. Il n'y a cependant pas offre de concours, et le juge administratif n'est plus compétent, lorsque l'offre a été faite après une déclaration d'utilité publique ; on se trouve alors en présence d'une cession amiable dont le contentieux appartient à l'ordre judiciaire. *T.C.*, 24 juin 1911 Belles 738.

(70) *C.E.*, 30 avr. 1863 de Montalembert d'Essé 397. Cf. Laferrière : *Traité de la juridiction administrative*, T. 2, p. 127.

(71) *R.D.P.*, 1925, p. 603, cf. Blaevoet *R.D.P.*, 1929, p. 65.

être assimilée à la donation avec charges, puisque celle-ci est révocable si les charges ne sont pas exécutées, alors que l'offre ne tombe pas si l'Administration n'exécute pas le travail prévu (72), on peut y voir cependant un contrat produit par un engagement unilatéral ne créant d'obligation que pour une seule partie (73).

En effet, l'Administration n'est pas obligée de suivre à la lettre les désirs des offrants (74), ni d'exécuter immédiatement les travaux (75). Mais le juge peut estimer qu'un retard trop prolongé équivaut à l'abandon par l'Administration de l'offre (76).

Toutefois, et ceci est très important, l'acceptation de l'offre n'a pas besoin d'être explicite (77), ni d'être notifiée au promettant (78). La conclusion de l'accord est ainsi facilitée : il suffit, en effet, d'un commencement d'exécution. Mais, et c'est par là qu'est relevée la nature contractuelle de l'offre de concours, l'acceptation par l'Administraiton n'est jamais obligatoire : « Considérant que si les collectivités administratives sont libres, en principe, d'opposer un refus aux offres de concours qui leur sont faites... » dit en ces termes un récent arrêt « Chanoine Vaucanu » (79).

Mais cet arrêt ajoute : « un tel refus... s'appliquant à une offre de concours faite par les fidèles en vue de maintenir pratiquement l'affectation légale de l'édifice du culte, à la fois indispensable et suffisante pour atteindre ce but, va directement à l'encontre de cette affectation, et dès lors est contraire à la loi ; que s'il résulte des dispositions combinées des articles 13 et 44 de la loi du 9 décembre 1905, que les communes n'ont pas besoin d'exposer elles-mêmes des dépenses pour l'entretien, la réparation et, le cas échéant, la reconstruction des édifices publics de culte qui font partie de leur domaine, l'exécution des travaux qui font l'objet d'une offre de concours des fidèles constitue pour la commune une obligation légale à laquelle elle ne peut se soustraire sans engager la responsabilité ».

En conséquence, le rejet de l'offre a été annulé, la commune a été condamnée à payer de ce fait, un franc de dommages et intérêts, plus une indemnité égale à la différence entre la somme nécessaire aux travaux à effectuer et le montant de l'offre de concours dont le requérant était redevable à titre de fonds de concours.

Cet arrêt ne signifie pas autre chose que l'obligation de l'Administration de contracter lorsque le contrat est le seul moyen par lequel puissent être accomplies ses obligations légales. Dès lors que l'exécution obligatoire du service public affecte la forme contractuelle, tout refus de contracter devient illégal et générateur de responsabilité. On peut donc affirmer qu'il existe, à la charge de l'Administration des obligations légales de contracter.

---

(72) *C.E.*, 25 juillet 1927 ville de La Rochelle 866, 1er mai 1936 Carino 489. L'Administration doit simplement restituer ce qu'elle a reçu alors que l'on peut exiger l'exécntion des charges.

(73) Romieu concl. *C.E.*, 9 mars 1906 Gau Bosc 224.

(74) *C.E.*, 30 juin 1842 Mont Saulnier 346.

(75) *C.E.*, 27 juin 1865 Lejourdan 664.

(76) *C.E.*, 21 février 1867 Laureau 187.

(77) *C.E.*, 24 mai 1895 Ville de Riom 459, 26 juin 1908 Adrian 707.

(78) *C.E.*, 15 février 1901 Charles Duport 192.

(79) *C.E.*, 26 octobre 1945 R. p. 212.

§ 2. — *Les obligations légales de contracter.*

Elles sont nombreuses. Un exemple assez intéressant peut en être fourni par le droit des administrés d'obtenir une concession de sépulture dans un cimetière. La jurisprudence voit, en effet, dans la situation du titulaire de la concession une situation contractuelle (80).

Or, l'Administration doit obligatoirement accorder cette concession à celui qui en fait la demande : elle ne retrouve son pouvoir discrétionnaire qu'en ce qui concerne l'emplacement à attribuer au concessionnaire et que si le sollicitant à l'intention de ne pas destiner la concession à une sépulture, mais à tout autre chose, par exemple à l'édification d'un monument aux morts. En ce dernier cas, l'Administration peut s'opposer à sa demande en arguant de ses pouvoirs publics, qui toutefois, ne sont pas discrétionnaires, mais soumis au contrôle du juge (81).

Il y a là une obligation de contracter en tous points semblable à celle qui existe à la charge des services publics prestataires, à l'égard des usagers éventuels.

Mais sur ce dernier point, le problème se présente sous un aspect assez complexe, parce que intimement lié à une question de procédure qui a trait à l'utilisation des voies de recours contre le refus de contracter. L'usager éventuel peut, en effet, invoquer à son profit, soit le cahier des charges si le service est concédé, soit le règlement interne si le service est en régie. Dans ce dernier cas, le recours pour excès de pouvoir lui est certainement ouvert, la décision de refus émanant incontestablement d'une autorité administrative. En est-il de même contre la décision du concessionnaire ? La vocation à l'usage du service public confère-t-elle dans tous les cas le droit de saisir le Conseil d'Etat par la voie du recours pour excès de pouvoir ? La réponse à cette question devrait logiquement nous être donnée une fois déterminée la nature juridique de cette vocation à l'usage du service public.

Le postulant à l'usage du service ne peut requérir que ce à quoi lui donnent droit le cahier des charges ou le règlement du service, sauf à exciper de leur illégalité (82). Mais l'important est surtout de savoir comment il pourra amener le service à lui conférer la situation d'usager. Il ne s'agit pas encore du droit à obtenir les prestations du service, mais du droit à établir le lien qui servira de base au service des prestations.

Apparemment, le droit de l'usager éventuel est essentiellement d'obtenir l'application des lois et règlements relatifs au fonctionnement du service. Il est donc dans une situation légale et règlementaire.

Certains auteurs ont cependant parlé de droit réel (83). Or,

---

(80) *C.P.*, Rouen 13 novembre 1936 Delaunay, *S.*, 1938-3-17 n. O. Dupond. Cv. 5 juillet 1938. *D.H.*, 1938-469, cf. Arbus : « Concessions dans les cimetières », *Thèse Paris* 1924, p. 117.

(81) Sur tous ces points v. *C.E.*, 20 avril 1823 de Bastard 367, 12 janvier 1917 Devoncoux, 25 novembre 1921 Niveleau, *S.*, 1923-3-17. Concl. Corneille n. Hauriou, 27 avril 1923 Troterreau 366, 10 novembre 1926, Gervais *R.D.P.* 1927-223, concl. Cahen-Salvador, 28 janvier 1925 Valès 93, cf. de Laubadère : « Les concessions dans les cimetières », *R.D.P.*, 1936-611.

(82) *Cf.* Gosset : « Distributeurs et usagers du gaz et de l'électricité », *Thèse Paris* 1935.

(83) Hauriou n. au *S.* 1907-3-33. Mestre n. au *S.* 1911-1-33.

celui-ci, d'après la conception classique, consiste en un pouvoir des hommes sur les choses : conception très critiquable, car en réalité, il n'y a de rapports juridiques qu'entre les hommes. Le droit réel doit bien plutôt s'analyser en une obligation passive universelle ou indéterminée, ce qui, à première vue, pourrait être la situation de l'usager éventuel à laquelle l'Administration n'a pas le droit de porter atteinte.

L'idée de statut réel a été utilisée par les auteurs qui ne veulent pas reconnaître aux administrés un droit de créance. Mais elle est difficilement justifiable, car les droits de ceux-ci ont un aspect actif très important : essentiellement le droit de demander que leur soit conférée la qualité d'usager, ce qui revient à exiger de l'Administration, non qu'elle s'abstienne de porter atteinte à leur statut, mais qu'elle fasse un acte positif, précis en leur faveur, soit la conclusion du contrat.

Aussi, a-t-il été soutenu que les administrés tiendraient leurs droits d'une stipulation pour autrui qui mettrait à la charge du service public, une très précise obligation de faire, celle de consentir la conclusion d'un contrat attributif de la situation d'usager, contrat destiné par la suite à assurer à l'administré le bénéfice effectif des prestations du service. La stipulation pour autrui peut, à la rigueur, expliquer la situation de l'usager d'un service concédé, tiers bénéficiaire à l'égard du concessionnaire assimilé au promettant. Mais, lorsque le service est en régie ? N'est-il pas plus simple de dire que l'obligation de contracter est voulue par la loi ?

Car la loi peut être à l'origine d'un droit de créance. Il en est ainsi en droit privé à propos des obligations alimentaires. Qu'un pareil droit de créance ne permette pas d'utiliser des voies d'exécution contre l'Administration réfractaire, n'infirme en rien son existence.

Logiquement, le candidat usager ne peut être que dans une situation légale et règlementaire qui l'autorise à exiger de l'Administration que lui soit consenti le contrat destiné à lui assurer le service des prestations.

Mais cette logique n'est pas celle de la jurisprudence. Si le droit de l'administré a son fondement dans la loi, il devrait pouvoir, par la voie du recours pour excès de pouvoir, faire annuler la décision de l'Administration qui refuse de contracter avec lui.

Or, la jurisprudence n'admet l'exercice de cette action que contre les décisions des services publics industriels et commerciaux exploités en régie (84) : la décision de refus est alors annulée dans la mesure où le requérant excipe d'un droit personnel ; le recours est, par contre, rejeté, si par exemple le bénéfice du service est attribué par la loi, non à un individu en particulier, mais à une collectivité (85).

En ce qui concerne les services publics concédés, la jurisprudence considère qu'il ne peut y avoir de recours pour excès de pouvoir contre le refus de contracter du concessionnaire, celui-ci n'étant pas un agent de l'Administration. Dès lors, l'administré doit demander à l'autorité concédante, d'intervenir auprès de

---

(84) *C.E.*, 6 mai 1931 Tondut *S.*, 1931-3-81 n. P. Laroque : refus d'accorder une concession d'eau.

(85) *C.E.*, 15 novembre 1907 Poirier 820 concl. Teissier *R.D.P.* 1909 n. Jèze, p. 48. L'arrêt a été rendu en matière de service concédé mais sa solution est valable de façon générale.

son concessionnaire pour qu'il consente à conclure le contrat ; le recours pour excès de pouvoir sera alors possible contre le refus explicité ou implicite de cette autorité. Mais, de toute façon, le recours pour excès de pouvoir ne peut être directement exercé contre le concessionnaire. Cette jurisprudence, inaugurée par le célèbre arrêt Syndicat du quartier Croix de Séguy-Rivoli, s'est toujours maintenue (86).

Il est un point sur lequel elle a heureusement évolué. De l'arrêt précédent, il s'ensuivait aussi que le Conseil d'Etat, saisi d'un recours pour excès de pouvoir, ne pouvait se prononcer sur l'abstention de l'autorité concédante que s'il n'avait pas à interpréter l'acte même de concession. Si donc la disposition contractuelle que l'on prétendait avoir été violée, n'avait pas un sens clair et évident, ou n'avait pas été interprétée par le juge du contrat, il fallait demander à celui-ci son interprétation. La doctrine avait vivement combattu cette jurisprudence (87). En premier lieu, les frontières de l'acte clair et de l'acte obscur sont imprécises. En outre, l'acte de concession est un texte organique, dominé par un cahier des charges qui a valeur de règlement et que, comme tel, le Conseil d'Etat doit interpréter. Il y a aussi quelque illogisme à exiger de l'administré qu'il s'adresse au juge du contrat, alors qu'il n'est par partie au contrat, et que le Conseil de Préfecture, quand il est juge du contrat, relève en appel du Conseil d'Etat. Il semble que la jurisprudence ait fini par se ranger à ces raisons, l'arrêt Roche du Teilloy (88), ayant été rendu après un très long examen du contrat par le Conseil d'Etat, qui a agi comme s'il avait été en présence d'un acte clair, et n'a pas renvoyé les parties à se pourvoir préalablement devant le Conseil de Préfecture.

Mais, même ainsi améliorée, cette jurisprudence est contestable. Si on fait reposer le refus du recours pour excès de pouvoir sur cette idée que le concessionnaire n'est pas une autorité administrative, cette opinion n'est plus aujourd'hui soutenable puisque pareil recours est admis contre des actes d'autorités non administratives (89).

Mais l'explication de cette jurisprudence réside en ceci que le juge administratif estime que l'acte de concession constitue une stipulation pour autrui au profit des usagers éventuels. C'est ce qui a amené à reconnaitre la compétence du Conseil de Préfecture, juge du contrat chaque fois que la concession contient un élément de travail public et, dans tous les cas, où il s'agit d'une concession locale. Pendant longtemps, le Conseil d'Etat avait refusé pareille action à l'usager éventuel devant le juge du contrat (90). Puis, après avoir été amené à admettre l'intervention de l'usager à propos d'un litige entre le concédant et le concessionnaire (91), et même que la question de l'action directe fut

---

(86) *C.E.*, 21 décembre 1906. *R.* p. 961 concl. Romieu, 18 janvier 1924 Laperche 56.

(87) Cf. Duguit : « De la situation des particuliers à l'égard des services publics », *R.D.P.*, 1907-411.

(88) *C.E.*, 4 décembre 1936, *D.*, 1937-8-5 n. Heilbronner.

(89) *C.E.*, 31 juillet 1942 Monpeurt, *S.*, 1942-3-47.

(90) *C.E.*, 30 janvier 1868 Pradier 125.

(91) *C.E.*, 2 février 1894 Veuve Steard 84.

posée (92), il finit par reconnaître au postulant usager ce droit d'action directe par l'arrêt Gay : « Considérant que le sieur Gay ayant, en sa qualité d'habitant de la commune... demandé à la dite commune de faire bénéficier d'une clause de la convention intervenue entre cette dernière et le concessionnaire du service d'éclairage... a, sur le refus qui lui a été opposé par le Conseil Municipal, saisi le Conseil de Préfecture... d'une requête tendant à l'annulation de la délibération du Conseil Municipal, à ce que la commune soit tenue de mettre l'électricité... Considérant que le droit invoqué étant fondé sur une stipulation au profit du public que la ville et son concessionnaire avaient en traitant, inséré d'un commun accord dans le contrat de concession, en faveur de ceux qui pourraient dans la suite, être appelés à bénéficier de la distribution, il appartenait au Conseil de Préfecture juge du dit contrat, de statuer sur toutes les difficultés pouvant résulter du refus opposé par la commune, à la demande du sieur Gay » (93).

Il y a là une excellente déconcentration juridictionnelle au profit des Conseils de Préfecture, très heureuse pour les usagers des services concédés, puisqu'elle les met en meilleure posture que les usagers des services en régie qui doivent avoir recours au Conseil d'Etat, mais qui ne repose sur aucun fondement juridique valable.

La théorie de la stipulation pour autrui a été suffisamment critiquée par la quasi unanimité de la doctrine (94) pour qu'il ne soit pas nécessaire de nous étendre longuement sur ce point. Disons simplement qu'en ce qui concerne le problème précis qui nous occupe, il est inconcevable d'invoquer la stipulation pour autrui lorsqu'on reconnaît un droit direct contre le concédant à l'administré. Car, précisément la stipulation pour autrui, telle qu'elle résulte de l'article 1121 du Code civil, confère au tiers bénéficiaire, non pas une action contre le stipulant pour qu'il agisse sur le promettant, mais seulement une action contre ce dernier, dont le rôle est tenu en droit public par le concessionnaire (95).

Le juge administratif doit donc appliquer une notion « sui generis » de la stipulation pour autrui, ignorant qu'en réalité, les droits de l'administré se dédoublent, d'une part en un droit contre le concessionnaire pour l'obliger à contracter, d'autre part en un droit contre le concédant pour qu'il remplisse son obligation de surveillance à l'égard du concessionnaire.

Quant aux tribunaux judiciaires, compétents en ce qui concerne l'exécution du contrat passé entre le concessionnaire et l'usager du service, ils se sont également affirmés compétents pour ordonner que soit passé et conclu le contrat demandé, faute de quoi leur jugement en tiendrait lieu. Ils condamnent ainsi directement le concessionnaire à exécuter son obligation légale de contracter (96). Si cette jurisprudence s'étend aux services en

---

(92) *C.E.*, 9 mars 1917 Assoc. des Intérêts Communaux de Pecq l'Ermitage 234.

(93) *C.E.*, 29 octobre 1926, *S.*, 1926-3-38, cf. *C.E.*, 22 juillet 1927, *D.*, 1928-3-41 n. Waline.

(94) V. Spécialement pour un relevé des opinions doctrinales Péquignot, *op. cit.*, p. 568.

(95) Pour une application correcte de la stipulation pour autrui, cf. *C.E.*, 20 février 1931 Guisset et 1er mai 1931 Bauters, *D.*, 1931-3-25 n. Ch. E.

(96) Cv. 25 juin 1884 Cie Générale des Eaux D. 1884-1-41 et s. 1885-1-201.

régie, elle sera d'une garantie efficace, puisqu'elle permettra au juge de condamner tout service prestataire à accorder le contrat prévu par les règlements et même à décider que son jugement en tiendra lieu... Bel exemple d'injonction, et même de substitution du juge à l'administrateur, bel exemple d'atteinte au principe de la séparation des pouvoirs !...

Ces conséquences n'ont pas cependant paru suffisamment graves au Conseil d'Etat qui, par l'arrêt Union hydroélectrique de l'Ouest Constantinois (97) a décidé que les conventions d'abonnement étant des contrats de droit commun, le Conseil de Préfecture était incompétent pour connaître de la requête d'un administré contre un concessionnaire qui avait refusé de lui accorder le bénéfice du service.

La jurisprudence n'ayant pas su établir que le fondement du droit de l'usager éventuel, quelque soit le mode d'exploitation du service auquel il s'adresse, réside dans l'obligation légale de contracter imposée au service (98), est devenue anarchique et incohérente. Normalement, l'action devant le juge du contrat et l'action devant le juge judiciaire s'excluent, le fondement de la première étant contractuel et celui de la seconde règlementaire si l'on admet avec M. P. Laroque que le candidat à l'usage du service se trouve dans une situation règlementaire de droit privé. On peut dire aussi, si l'on admet la théorie de la stipulation pour autrui, qu'elle est correctement appliquée si le juge judiciaire se reconnaît compétent puisqu'il juge alors d'une action contre le promettant alors qu'elle ne l'est plus si le Conseil de Préfecture est compétent, puisque, d'après l'arrêt Gay, c'est un litige entre tiers bénéficiaire et stipulant que le juge doit résoudre.

Et l'on peut en dire autant de la coexistence de l'action devant le juge du contrat et du recours pour excès de pouvoir. Si la jurisprudence consentait à reconnaître le fondement légal de l'obligation de contracter, il ne serait plus question que de choisir entre le recours pour excès de pouvoir et l'action devant le juge judiciaire. M. Laroque opte en faveur de cette dernière, par suite du caractère incomplet du recours pour excès de pouvoir qui n'aboutit qu'à une annulation, et jamais à une condamnation à une indemnité. N'a-t-il pas aussi l'arrière pensée d'unifier ainsi la compétence, le juge judiciaire étant, en effet, compétent pour connaître des sanctions relatives à l'inexécution du contrat passé avec le service concédé ?

Néanmoins, nous ne pensons pas que cette solution s'impose. Du moins, en théorie pure. Car, pratiquement, depuis l'arrêt Union hydroélectrique de l'Ouest Constantinois, il semble bien que la jurisprudence soit définitivement fixée : d'une part, recours pour excès de pouvoir contre le refus de contracter émanant d'un service en régie — d'autre part, recours devant le juge judiciaire contre le refus de contracter opposé par un service concédé. Mais, normalement, le juge judiciaire n'est compétent que parce qu'il a à statuer sur un contrat conclu — et conclu suivant les modes de droit privé. Et tant que le contrat n'est pas passé, il n'y a pas de situation contractuelle, seulement une situation règlementaire.

---

(97) *C.E.*, 5 novembre 1937, *S.*, 1939-3-65 n. P. Laroque.

(98) M. Laroque ajoute (*op. cit.*, p. 116) que si les textes n'étaient pas formels, cette obligation de contracter s'imposerait toujours car il est de l'essence même des services publics d'être obligés de fonctionner.

Or, c'est par le recours pour excès de pouvoir qu'il est permis de faire contrôler les violations des règlements, qu'il s'agisse de violations par décision individuelle ou générale... Le Conseil d'Etat devrait donc, à notre sens, être compétent pour examiner tous les recours relatifs à des refus de contracter, qu'ils émanent d'un service en régie ou d'un service concédé. Car, au fond, l'on est en présence de la même situation que celle dans laquelle se trouve l'administré qui demande à bénéficier, en vertu des règlements, du fonctionnement d'un service public non industriel et commercial. Qu'un concessionnaire soit condamné par le juge à cotnracter ou qu'un service administratif quelconque se voit imposé d'accorder la prestation dûe, il est également recherché dans les deux cas la mesure et la limite des obligations incombant au service public, en vertu du cahier des charges, de la loi ou des règlements : la formule « considérant qu'aucune disposition du marché n'autorise le concessionnaire du service de la distribution des eaux... à refuser des abonnements de moins de deux hectolitres par jour » (99) est analogue aux formules que nous allons maintenant rencontrer par lesquelles le juge précise la compétence liée des services publics. L'identité des solutions prouve bien l'identité des problèmes.

Sous-Section 2. — Fondement et contenu du droit au fonctionnement des services publics

Lorsque les administrés exigent le fonctionnement à leur profit d'un service public, d'une part, ils doivent être dans la situation légale ou règlementaire qui les autorise à réclamer ainsi ce fonctionnement, et d'autre part, le service doit être obligé par la loi ou les règlements de leur fournir la prestation demandée. Le droit au fonctionnement des services publics apparaît donc, au premier abord, comme un droit à la légalité de ce fonctionnement, l'Administration ne pouvant plus justifier son abstention dès lors qu'elle doit obligatoirement exécuter le service, c'est-à-dire dès lors que sa compétence est liée et qu'elle ne peut exciper d'aucun pouvoir discrétionnaire.

Nous examinerons donc sous deux parapraphes :

1° Le droit à la légalité du fonctionnement des services publics ;

2° Le critère de la compétence liée.

§ 1er. — *Le droit à la légalité du fonctionnement des services publics*

« Tous les individus », a écrit M. Jèze, « remplissant les conditions fixées par les lois et les règlements sur l'organisation d'un tel service public, peuvent exiger que le service fonctionne à leur profit dans les conditions légales et règlementaires... L'usager manifeste sa volonté unilatérale de bénéficier du fonctionnement des services publics. Les agents publics ont le devoir fonctionnel, en tant que préposés au service public, de le faire

---

(99) *C.E.*, 19 juin 1863, Demion 495 (il s'agissait d'un litige entre concédant et concessionnaire relatif à l'interprétation du contrat de concession par un arrêté préfectoral ordonnant au concessionnaire de fournir aux usagers un abonnement de plus de 2 hectolitres d'eau par jour).

fonctionner sur demande de tout individu dans les conditions légales ou règlementaires » (100).

Ce pouvoir des administrés, dont d'autres auteurs ont également souligné la nature légale et règlementaire (101), ne leur confère donc pas un droit de créance. Ainsi que le disait le doyen Hauriou (102), les administrés sont seulement « en situation » de profiter du service. L'Administration n'est donc pas obligée personnellement envers l'administré. Celui-ci ne peut exiger autre chose que ce qui est prévu par la loi et les règlements. Ce n'est pas sa volonté qui crée et détermine le contenu et l'obligation de l'Administration. Sa manifestation de volonté n'est que la condition nécessaire à l'exercice obligatoire de leur compétence par les agents publics. Il a simplement un droit à l' « acte condition » attributif de sa situation de bénéficiaire du servce. Quant à l'obligation de l'Administraton, elle est fixée par la loi et les règlements : elle ne doit faire fonctionner le service que dans la mesure où elle doit exécuter la loi. Le droit au fonctionnement du service se confond avec le droit à l'exécution de la loi. Il s'agit donc essentiellement d'un droit au fonctionnement légal des services publics.

Si l'on examne les arrêts du Conseil d'Etat, on voit tout de suite que la haute juridiction examine toujours les requêtes en les rapportant à un texte législatif ou règlementaire. Et, lorsqu'elle les rejette, elle a toujours soin de bien faire ressortir « qu'aucune disposition de loi ou de règlement », n'imposait à l'Administration de faire tel ou tel acte (103).

Ceci montre que ce n'est pas au fonctionnement en soi du service qu'ont droit les administrés, mais à l'accomplissement d'une prestation, d'un acte précis, prévu par la loi et les règlements. Aussi, le juge administratif se contente de prononcer sur la validité de l'abstention administrative au profit de l'administré (104). Il annule seulement ses refus illégaux. De cela, il est permis de conclure que ce droit au fonctionnement légal des services publics est de nature objective (105).

Tel n'est pas cependant l'avis du doyen Bonnard (106) pour lequel le droit des administrés serait, au contraire, de nature subjective. Selon lui, le droit subjectif consiste essentiellement en un pouvoir d'exiger quelque chose de quelqu'un en vertu d'une règle de droit objectif, parce que l'on y a intérêt, et sous sanction d'une action en justice, le droit objectif ou un acte juridique individuel ayant pour tâche de fixer le contenu de l'obligation. Il peut s'agir d'un droit subjectif à l'accomplissement d'un acte juridique ou d'un acte matériel : ce droit peut consister en un

---

(100) *Principes généraux du Droit Administratif*, 3me édit., cf. in *R.D.P.* 1911, p. 69-70, n. sous *C.E.*, 20 janvier 1911 Pichon-Posteret.

(101) Duez : « Esquisse d'une définition réaliste des droits publics individuels ». Mélanges Carré de Malberg - Duguit : « Les transformations du Droit Public », p. 33 et s.

(102) *Principes du Droit Public*, édit. 1910, p. 94.

(103) Cf. *C.E.*, 20 novembre 1931 Jacquard 1016, 24 mars 1933 Dlle R., *D.H.*, 1933-306, 26 octobre 1945 Morel *J.C.P.*, 1946-4-19.

(104) Cf. *infra*, p.309

(105) En ce sens, Berthélémy : « Exercice de la souveraineté par l'autorité administrative », *R.D.P.* 1904-209.

(106) « Les droits publics subjectifs des administrés », *R.D.P.* 1932. *Précis de Droit Administratif*, 4me édit., p. 73 et s.

droit à une prestation, à la compétence, aux formes, au but que l'Administration doit poursuivre.

La condition de l'action en justice n'apparaît pas cependant primordiale, car un droit peut exister sans sanction corrélative. Par ailleurs, l'action en justice est inutile lorsque les parties sont d'accord.

La condition importante est l'existence d'un intérêt personnel individualisé. Le problème du droit subjectif ne se pose pas lorsque l'obligation vise uniquement à la satisfaction d'intérêts généraux, c'est-à-dire à la satisfaction anonyme d'intérêts particuliers.

Mais l'on peut faire remarquer que cette notion d'intérêt est, spécialement en ce qui concerne le recours pour excès de pouvoir, très largement interprétée par la jurisprudence administrative qui, si elle n'a pas voulu faire du recours pour excès de pouvoir, une action populaire, lui a cependant imprimé bien plus le caractère d'une action dans l'intérêt de la loi que celui d'une action subjective. Il est, en effet, difficile de voir un intérêt très personnel dans le recours des contribuables formés contre les délibérations des Assemblées locales engageant des dépenses illégales (107). Surtout si l'on considère le recours du contribuable colonial (108), car les ressources des budgets coloniaux étant presque exclusivement procurées par les impôts de consommation, tous les consommateurs, donc tous les habitants, ont la qualité de contribuables et sont ainsi qualifiés pour attaquer les décisions des autorités coloniales engageant illégalement les finances de la colonie.

Une dernière objection peut enfin être faite au doyen Bonnard. Si le droit des administrés était vraiment un droit subjectif, tout manquement de l'Administration à ses obligations, devrait automatiquement engager la responsabilité de celle-ci. Or, nous verrons (109), que non seulement il n'est pas toujours tenu compte d'une faute quelconque, mais que toute illégalité n'est pas en tant que telle fautive.

La théorie du doyen Bonnard est cependant exacte d'un point de vue psychologique. Un administré admettra difficilement que l'Administration soit plutôt obligée vis-à-vis de la loi et des règlements que vis-à-vis de lui. Cela spécialement en matière d'obligation de faire. Nous verrons qu'il semble se dessiner une jurisprudence qui admet qu'un refus illégal de prestation due entraine la responsabilité de l'Administration. Mais les décisions ne sont pas nombreuses. La théorie du doyen Bonnard ne se révèlera exacte que le jour où la jurisprudence admettra que *toute illégalité* est susceptible d'engager la responsabilité de l'Administration.

§ 2. — *Le critère de la compétence liée.*

Que le droit de l'administré soit objectif ou subjectif, le pouvoir d'exiger qui est à sa base, a pour première condition l'existence d'une obligation juridique à la charge de l'Adminis-

---

(107) *C.E.*, 29 mars 1901 Casanova, *S.*, 1901-3-73 n. Hauriou, 27 janvier 1911 Richemond, *S.*, 1913-3-92.
(108) *C.E.*, 24 juin 1932 Galandou-Diouf, *D.*, 1933-3-15.
(109) *Infra*, p. 325 et 332.

tration. Si cette obligation n'existe pas, l'Administration jouit d'un pouvoir discrétionnaire. Dans le cas contraire, sa compétence est dite liée.

Nous avons vu que l'Administration était tenue de ne pas refuser l'exécution générale de la loi, non plus que son application à une catégorie d'assujettis, que dans certaines hypothèses elle avait l'obligation d'exécuter les décisions de justice et de contracter, et qu'elle était en sa qualité d'autorité concédante, obligée de faire pression sur son co-contractant pour qu'il accorde aux administrés le bénéfice du fonctionnement du service.

Les hypothèses dans lesquelles l'Administration doit assurer l'exécution individuelle de la loi, c'est-à-dire faire fonctionner le service public au profit de celui qui réclame ce fonctionnement, sont très nombreuses et ne peuvent être toutes citées. Nous nous contenterons de relever les plus connues :

— la délivrance des alignements individuels (110) ;
— le port des lettres et télégrammes à domicile (111) ;
— l'admission à l'entrepôt à domicile en matière d'octroi (112) ;
— la célébration par les Officiers de l'état-civil des mariages des personnes qui ont satisfait à toutes les conditions légales (113) et la constatation par les Officiers d'état-civil de la naissance d'un enfant (114) ;
— la mise à la disposition de tout habitant ou contribuable des communes, des délibérations et procès verbaux des séances des Conseils Municipaux (115), des documents intéressant le budget de la commune, et les arrêtés municipaux ;
— la délivrance immédiate du récépissé de la déclaration d'ouverture d'un débit de boissons (116) ;

---

(110) *C.E.*, 1er mars 1860 de Romont 190, 24 mai 1861 Letellier 329, 11 janvier 1866 Chabanne 21, 23 février 1883 Sarlandie 208, 22 juin 1883 Hallieu 580, 4 juillet 1884 Harlingue 578, 16 juillet 1886 Consorts Ruty 614, 21 décembre 1894 Thiebaud 701, 22 mars 1895 Vve Sanoner 273, 1er mars 1895 Sauton 202, 23 juin 1911 Beffara 717, 22 mars 1912 de Mailly de Nesles 413, 4 août 1913 Wiart 975, 24 juillet 1914 Madec 901, 3 mai 1918 Crevel 413, 11 avril 1919 Gilles 388, 7 février 1922 Ville de Paris, 23 mars 1923 époux Buffard 283, 24 juin 1927 Raymond 662, 15 mars 1929 Bonvoisin 311, 18 décembre 1931 Cotti 1138, 21 décembre 1932 C° des Salins du Midi 1118, 23 février 1934 Société des Grands Dépôts de Céramique, *D.*, 1936-3-14, concl. Rivet, 23 janvier 1935 Plisson 84, 13 juin 1936 Dlle Dupont 649, 15 février 1939 Corniquet 95.

(111) *C.E.*, 29 décembre 1911 Chomel, *R.D.P.*, 1912, p. 26 n. Jèze.

(112) *C.E.*, 17 décembre 1893 Commune de Quillebœuf 750 concl. Romieu, 8 août 1896 C° des Tramways de Paris et du Département de la Seine 657, 9 mai 1902 Menut 354 concl. Romieu, 25 juillet 1902 C° des Tramways de Nantes 568, 7 août 1903 Sevrez 625, 10 juin 1904 C° Générale des Eaux 443, 18 mai 1906 Société Orléanaise 424, 25 février 1910 Soc. ano. des buanderies de la Seine 156 concl. Blum, 10 juin 1910 Gadau 454, 22 juillet 1910 Ville de Beauvais 606, 2 juin 1911 Ville de Paris 666, 10 mars 1911 Laru 296, 10 mai 1912 Mieuce 544, 15 mars 1912 Soc. Havraise d'énergie électrique 378, 15 mars 1914 Chambre de Commerce de La Rochelle 348, 5 novembre 1920 Pellerin 901, 22 juillet 1927 Vidal 823, 23 octobre 1934 C° Industrielle Maritime 964, 8 mars 1934 Soc. des entreprises Desplats et Lefèbvre 309, 18 juillet 1935 C° Générale Transatlantique 804, 28 avril 1937 Semichon 443.

(113) Req. 28 novembre 1877. *S.*, 1878-1-209 (a contrario).

(114) Pau 6 mai 1853. *D.*, 1854-5-13.

(115) *C.E.*, 9 avril 1867 Girod 358. Concl. Belbeuf, 21 février 1913 Brousse 244, 27 juillet 1923 Pister 622, 21 mai 1926 Mériot 532, 18 octobre 1929 Mériot 907, 2 novembre 1932 Beaufort 892, 10 avril 1935 Desmarais, 8 novembre 1935 Syndicat des Contribuables de Boulogne-Billancourt 1025, 10 janvier 1940 Thomas George 4.

(116) *C.E.*, 7 février 1919 Besombes 129.

— l'attribution de marchandises au négociant pourvu de la carte professionnelle régulière (117) ;
— la légalisation par le Maire de la signature des citoyens domiciliés dans la commune, lorsque la signature est apposée sur un acte présentant un caractère légal d'utilité publique (118) ;
— l'obligation de statuer d'autorités compétences pour examiner les requêtes qui leur sont soumises (119) ;
— l'obligation de pourvoir au logement, au besoin par voie de réquisition, de l'individu dont l'habitation a été totalement réquisitionnée, lorsque l'intérêt national a exigé qu'il en fut ainsi (120) ;
— la délivrance des cartes d'électeurs à tous ceux qui ne sont pas atteints d'une incapacité de voter (121).

Mais cette énumération — incomplète — ne nous explique pas comment il est possible à l'Administration, et éventuellement au juge, de discerner si elle se trouve dans l'obligation d'adopter une certaine attitude, ou si au contraire elle reste juge de l'opportunité de son action.

Pourquoi est-il reconnu à l'Administration un pouvoir discrétionnaire dans l'octroi des décorations (122), dans le classement, le déclassement et le tracé des chemins vicinaux (123) ? Pourquoi ne peut-on contraindre l'Administration à borner (124), non plus qu'à exproprier (125) ? Pourquoi l'Administration est-elle libre de règlementer à sa guise les jours et heures de communications des procès-verbaux des délibérations des Conseils Municipaux (126), de ne pas communiquer les procès-verbaux relatifs aux contesttaions électorales (127), non plus que les rapports et études relatifs à des affaires en cours (128), ni le texte des contrats conclus (129), de ne pas délivrer copie des procès-verbaux de constatation des infractions aux règles du ravitaillement (130) et de ne pas envoyer au requérant ampliation des décisions du Conseil d'Etat rendu sur ses requêtes (131) ?

La réponse est parfois simple. Aucune loi, aucun règlement, en effet, n'imposent à l'Administration d'accomplir l'acte demandé.

---

(117) *C.E.*, 6 octobre 1944 Lascot 258.
(118) *C.E.*, 16 janvier 1914 Duclos 40.
(119) *C.E.*, 28 janvier 1921 Association des Blessés du Lycée Buffon 117, 22 juillet 1927 Vidal 823, 28 mars 1945 Devouge *S.*, 1945-3-45, concl. Detotn n. Brimo.
(120) *C.E.*, 20 février 1946 Labonne, *J.C.P.*, 1946-2-3.222.
(121) *C.E.*, 25 mars 1946 Elections de Banat 96.
(122) *C.E.*, 21 novembre 1902 Cabanel 686, 13 juin 1913 Godefroy 674, 15 mai 1914 Boulade 587.
(123) *C.E.*, 4 décembre 1874 de Lapeyrière 945, 13 février 1874 Simand 148, 6 juillet 1883 Commune de Loméac 625.
(124) *T.C.*, 22 avril 1882 Redouin 380. Cv. 7 mars 1934. *S.*, 1035-1-100.
(125) *C.E.*, 24 décembre 1920 D^{lle} Fimbel 1124, 21 juin 1939 Commune de Foissac (4 él.). Il faut signaler qu'en vertu de la loi du 29 déc. 1892 le propriétaire dont le terrain est soumis à la servitude d'occupation temporaire, peut exiger lorsqu'elle a duré 5 ans, que cette occupation cesse à moins d'expropriation dans les règles).
(126) *C.E.*, 2 déc. 1931 Hilaire Darrigand (2^{me} arrêt) 1051.
(127) *C.E.*, 23 novembre 1878 de Parcevaux 937, 2 décembre 1931 Hilaire Darrigand (1er arrêt) 1051.
(128) *C.E.*, 27 mars 1935 Soc. des Chemins de fer et Tramways du Var et du Gard 398.
(129) *C.E.*, 2 janvier 1935 Allmand 2.
(130) *C.E.*, 26 octobre 1945 Morel *J.C.P.*, 1946-4-19.
(131) *C.E.*, 16 février 1944 Hôpital 57.

Ceci prouve bien que le droit au fonctionnement d'un service public n'est pas un droit « qui va de soi ». Il arrive aussi qu'une loi ou qu'un règlement prévoient, de façon précise, les modalités de leur application : c'est ainsi que la loi du 21 mars 1791 déclare que les légalisations de signatures sont pour le Maire facultatives, sauf si l'administré qui réclame une légalisation de signature, est domicilié dans la commune, et si la signature doit être apposée sur un acte présentant un caractère légal d'utilité publique.

Mais le plus souvent, les textes sont incertains et le laconisme des arrêts du Conseil d'Etat ne permet pas de deviner ses arrières pensées. Ainsi, la détermination d'un critérium de distinction du pouvoir discrétionnaire et de la compétence lée, a-t-elle été l'œuvre de la doctrine qui s'est efforcée de systématiser les solutions apparemment empiriques de la jurisprudence. Bien des opinions ont été émises, bien des thèses ont été avancées. Il est à peu près impossible de les classer logiquement. Aussi, nous contenterons-nous de les examiner les une après les autres, en éliminant progressivement celles qui nous paraissent inexactes.

1° *Théorie de Michoud :*

Michoud a été un des premiers auteurs à s'occuper du problème du critère du pouvoir discrétionnaire et de la compétence liée (132). Mais il n'a guère essayé d'atteindre un critère unique et rationnel, et son analyse a surtout visé à rechercher des critères multiples et pratiques, valables seulement pour chaque catégorie d'affaires. Le défaut de synthèse rend fatalement sa théorie insuffisante et inexacte.

En effet, il distingue entre les actes positifs et les abstentions, celles-ci étant normalement discrétionnaire. Or, nous avons vu que bien au contraire, dans un très grand nombre d'hypothèses, la jurisprudence sanctionnait l'illégalité des abstentions. En outre, depuis que le silence de l'Administration est assimilé à une décision implicite de rejet, en ce qui concerne les recours juridictionnels, la distinction entre actes positifs et abstentions ne peut plus jouer. L'erreur conceptuelle de Michoud vient certainement de ce que, à ses yeux, la loi est essentiellement une limite à l'initiative administrative, et non une règle d'action susceptible d'imprimer une impulsion à l'activité des services publics.

La seconde distinction de Michoud n'est pas plus heureuse. Elle a, en effet, le tort d'opposer les actes de gestion, c'est-à-dire les actes semblables à ceux que peut accomplir un particulier et qui, à ce titre, confèrent à l'Administration la même marge d'indépendance qu'au particulier lui-même, et les actes d'autorités, c'est-à-dire les actes exorbitants du droit commun et qui, à ce titre, sont soumis aux prescriptions légales. La distinction des actes d'autorité et de gestion est aujourd'hui abandonnée, et de plus, il est un très grand nombre d'actes soumis aux prescriptions légales, qui révèlent un pouvoir discrétionnaire de l'Administration.

La théorie de Michoud doit donc être abandonnée, étant incapable de nous fournir un critère sûr et précis du pouvoir discrétionnaire et de la compétence liée.

---

(132) « Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l'Administration », *R.G.A.*, 1914, p. 5, 1915, p. 193.

2° *Théorie de Laun :*

Au contraire de la théorie de Michoud, celle de Laun est révélatrice d'un effort de systématisation rationnelle (133). Elle repose essentiellement sur l'analyse logique de la pensée juridique. A la distinction entre jugements catégoriques, hypothétiques et disjonctifs, il propose de substituer une distinction quadripartite, les quatre formes de jugement étant : l'absolu-catégorique (S est A), (S est A^1 ou A^2), le relatif disjonctif (si C est, S est A^1 ou A^2) (si C est, S est A).

La distinction entre normes absolues et relatives est secondaire, alors que celle entre normes catégoriques et disjonctives permet de résoudre le problème de la compétence liée.

En effet, dès qu'apparaît une norme catégorique, s'il est précisé par la loi ou les règlements que S doit faire ou être A, que si C est, S doit faire ou être A, il n'est laissé au sujet S aucune alternative et sa compétence est liée.

Au contraire, avec les normes disjonctives : S devant faire ou être A^1 ou A^2, l'alternative reste donc possible pour le sujet S qui bénéficie ainsi d'une compétence discrétionnaire.

Néanmoins, Laun a dû compléter sa théorie. Une proposition de droit n'est pour lui vraiment disjonctive que si le choix de la conduite à tenir est tout à fait libre, tant en ce qui concerne la fin que les moyens. Sinon, la norme n'est qu'apparemment disjonctive. C'est là faire intervenir la notion de détournement de pouvoir.

Aussi, pour avoir un critère de la compétence liée, « il suffit de se demander : l'organe exécutif a-t-il le droit de traiter différemment deux cas concrets entièrement semblables, sans agir nécessairement dans l'un de ces cas d'une manière contraire à la loi, ou bien existe-t-il pour chaque cas pareil au sens de la loi, une réponse toujours pareille, c'est-à-dire une réponse juste pour tous les cas ? » (134).

Mais cette théorie assez abstraite, n'aboutit en somme qu'à obliger à se rapporter aux textes qui seuls, diront si une norme est disjonctive ou catégorique. C'est, dès lors, reculer le problème sans le résoudre. Car, comment le fonctionnaire pourra-t-il savoir qu'il se trouve dans une hypothèse telle qu'une seule solution est légalement possible ? — N'est-ce pas, dès lors, affirmer implicitement que toute appréciation du pouvoir discrétionnaire exige une interprétation préalable de la légalité ?

3° *Théorie de M. Duez et de M. Lodovici :*

Selon M. Lodovici qui a développé la théorie esquissée par M. Duez (135) : « C'est... au problème de la légalité, plutôt qu'au problème du pouvoir discrétionnaire que devrait s'attacher le juriste, car trouver où finit la légalité, c'est trouver où commence le pouvoir discrétionnaire » (136). Pour ces auteurs, la compé-

---

(133) « Le pouvoir discrétionnaire ». *Annuaire de l'Institut International du Droit Public*, 1935, p. 113.

(134) *Op. cit.*, p. 157.

(135) Intervention au Congrès de l'Institut International de Droit Public. Session d'octobre 1934 in *Annuaire de l'Institut International de Droit Public*, 1935, p. 299 et s.

(136) Lodovici : « L'évolution de la notion de pouvoir discrétionnaire », *Thèse Lille* 1937, p. 128.

tence de l'Administration n'est liée que par la loi, et là où finit la légalité, c'est-à-dire là où cesse tout contrôle juridictionnel, le pouvoir discrétionnaire commence. C'est dire que le juge est seulement gardien de la légalité, entendue au sens large du terme. La jurisprudence révèle qu'après avoir définitivement abandonné la théorie des actes discrétionnaires, tout acte administratif est alors devenu susceptible de recours contentieux. Le Conseil d'Etat qui avait commencé par un contrôle de la légalité externe, c'est-à-dire exercé au cas d'incompétence ou de vice de forme, est arrivé peu à peu à un contrôle de la légalité interne. Tout d'abord, par l'examen de la violation de la loi en dehors de tout droit lésé : c'est là le contrôle de la légalité matérielle. Puis, par l'examen des motifs, en dehors du détournement de pouvoir : l'Administration ne peut prendre une décision qu'en vertu de certains motifs, de droit ou de fait, ce qui par exemple permet au Conseil d'Etat de contrôler l'exercice du pouvoir disciplinaire, en constatant d'une part, si le fait reproché existe matérilelement, et si d'autre part, il peut constituer une faute. Mais la Haute juridiction est allée encore plus loin, jusqu'à contrôler la valeur, la qualification juridique des motifs : c'est ainsi qu'elle décide si les nécessités de l'ordre public justifient ou non le refus d'exécution de la chose jugée.

De telle sorte, dit M. Lodovici (137) qu'on ne peut plus soutenir que l'opposition légalité-opportunité correspond à l'opposition question de droit-question de fait. La liberté d'action de l'Administration disparaît donc dès que la loi précise les motifs de la décision et dès que, en l'absence de l'obligation de motiver, l'Administration indique, par les pièces du dossier ou dans le dispositif de l'acte, les motifs qui l'ont poussé à agir. Aussi, c'est de la loi que dépend l'existence d'un pouvoir discrétionnaire, dont l'étendue est subordonnée aux variations du volume de la légalité. La nature du pouvoir discrétionnaire est donc une notion négative en ce sens qu'il n'y a pouvoir discrétionnaire que là où la légalité n'est pas engendrée par une règle de droit.

Mais qu'est-ce que la légalité ? Si l'on oppose légalité et pouvoir discrétionnaire, il reste encore à préciser ce qui dans un acte administratif relève de la légalité et ce qui relève du pouvoir discrétionnaire. Si l'on part, ainsi que le fait M. Lodovici, de l'hypothèse que le juge n'est juge que de la légalité, pour déterminer ensuite la légalité par l'exposé de l'évolution de la jurisprudence, il est facile de dire que ce qui est contrôlé par le juge est du domains de la légalité, et ce qu'il ne contrôle pas, du domaine du pouvoir discrétionnaire. Ce qui revient à dire que le juge ne contrôle que la légalité, et que la légalité ne peut être définie que par ce que le juge contrôle. N'y a-t-il pas là cercle vicieux ?

Il est évident qu'il ne saurait y avoir compétence liée, là où il n'est ni loi, ni règlement qui imposent à l'Administration d'accomplir un acte et d'accorder une prestation. Mais dans quelle mesure cette compétence est liée, lorsque la règle d'action est posée par la loi ou les règlements, c'est là tout le problème que ne résoud pas la théorie de MM. Duez et Lodovici.

---

(137) *Op. cit.*, p. 160.

4° *Théorie de M. Chatelain :*

M. Chatelain, pour résoudre le problème du critère distinctif du pouvoir discrétionnaire et de la compétence liée, fait appel aux théories des juristes dits de « l'Ecole de Vienne », Kelsen et Merkl, qui se sont attachés à la construction logique d'un système purement juridique, dégagé de toute attache avce les systèmes volontaristes pous lesquels la règle de droit est le produit de la volonté de l'Etat ou des individus, et avec les systèmes sociologiques qui attribuent au droit une origine sociologique qui s'est progressivement « juridicisée » (138).

Kelsen distingue les lois naturelles (domaine du « sein ») régies par le principe de causalité, et les lois normatives (domaine du « sollen ») régies par le principe de la validité. Mais celles-ci concernent à la fois la règle morale et la règle du droit. Comment dès lors attribuer un domaine propre à la règle de droit ?

Selon Kelsen, et en cela il est kantien, la règle morale est un produit immédiat de la conscience individuelle, au contraire de la règle de droit, qui a une origine extérieure à l'individu, et tend à lui accorder certains avantages ou à lui imposer certaines gênes sous peine de la sanction qu'entrainerait sa violation. Ainsi établie, la distinction entre l'impératif catégorique autonome (règle morale) et l'impératif hypothétique hétéronome (règle de droit) il reste que ce qui caractérise la règle de droit, ce n'est pas son contenu, variable selon les lieux et les époques, mais sa structure qui consiste en un impératif, en l'expression d'un devoir être.

La théorie de Kelsen aboutit donc au monisme, le monde du droit ne comportant que des normes et des systèmes de normes. On ne peut dès lors distinguer le droit de l'Etat, celui-ci n'étant qu'un phénomène d'imputation au droit, c'est-à-dire l'ordre juridique auquel on rapporte les activités individuelles (car il n'est d'activités qu'individuelles) accomplies en vertu de cet ordre. De même, doit disparaître l'antinomie entre droit objectif et subjectif, celui-ci n'étant que l'application du droit objectif à un individu (139).

C'est Merkl qui détermina le processus de formation de ces normes (140). Après avoir fait remarquer qu'il existait des différences de valeur entre les normes, il conclut que l'ordre juridique se caractérisait par une certaine hiérarchie des normes disposées par degré, suivant leur valeur juridique plus ou moins grande. Les normes s'emboitent donc hiérarchiquement les unes dans les autres, de la norme générale à la norme la plus concrète, une norme ne pouvant être engendrée que par une norme et ne pouvant engendrer qu'une norme. Toute norme est exécution d'une autre norme, et il n'est donc plus possible d'opposer les fonctions de création aux fonctions d'exécution du droit. C'est ainsi

---

(138) Châtelain : « De la compétence discrétionnaire du gouvernement dans l'application des lois et des jugements », *Thèse Paris* 1942, p. 243 et s.

(139) Sur tous ces points, cf. Kelsen : « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *R.C.A.D.I.* 1926, T. 4, p. 231, T. 5, p. 233. « Aperçu d'une théorie générale de l'Etat », *R.D.P.* 1926, p. 561 et s. Man : « L'Ecole de Vienne et le développement du droit des gens », *Thèse Paris,* 1938, p. 29 et s. Simonovitch : « Les Théories contemporaines de l'Etat », *Thèse Paris,* 1939, p. 15 et s.

(140) Bonnard : « La Théorie de la formation du droit par degrés dans l'œuvre d'Adolphf Merkl », *R.D.P.*, 1928, p. 668 et s. Weyr : « La doctrine de M. A. Merkl », *Revue internationale de la théorie du droit,* 1927-1928, T. 2, p. 215 et s.

qu'un ordre juridique va se déployant depuis la Constitution qui établit les règles les plus générales et la compétence des autorités, jusqu'à l'exécution matérielle en passant par la loi, les règlements, les actes administratifs et juridictionnels.

Au sommet de la hiérarchie est ainsi placée la norme originaire, fondamentale, et hypothétique (parce que le fondement de la règle de droit qui est du domaine du « sollen » ne peut être recherché dans celui du « sein ») ; à la base se trouvent des actes uniquement exécutifs.

Les normes s'engendrant ainsi les unes dans les autres, de façon à se concrétiser progressivement, il en résulte qu'une norme primaire ou antérieure ne contient pas entièrement les normes secondaires ou postérieures puisqu'elle est plus abstraite que ces dernières. Dès lors, dit M. Châtelain (141), « la compétence discrétionnaire est... celle qui appartient à un agent pour déterminer cet élément de concrétisation qui va distinguer les normes qu'il va créer, de la norme antérieure plus abstraite dont elles assurent l'application ». La compétence de l'agent est au contraire liée « dans toute la mesure où il se bornera à exécuter cette norme antérieure » (142).

Plus une norme est abstraite, plus il y a de pouvoir discrétionnaire. Plus une norme est concrète moins il y a de pouvoir discrétionnaire. Mais, par quoi une norme est-elle plus ou moins abstraite ?

Pour M. Châtelain, une norme est concrète dès qu'elle n'est plus susceptible d'être précisée. dès qu'elle peut se traduire en exécution matérielle sans qu'intervienne un nouvel élément de concrétisation. Constatant que, d'après la jurisprudence du Conseil d'Etat, la compétence liée apparaît progressivement à mesure que sont davantage précisés les motifs et fixé l'objet de l'activité administrative, M. Châtelain souligne que l'on passe du domaine du pouvoir discrétionnaire à celui de la compétence liée, par la détermination des motifs et de l'objet de l'activité administrative.

Mais c'est là faire appel à la théorie du doyen Bonnard (143) pour compléter les théories de Merkl et Kelsen. C'est dire que chaque norme précise quel est l'organe compétent pour procéder à sa concrétisation, les formes qui doivent entourer celle-ci, et enfin détermine les motifs de l'activité de l'organe et le domaine de cette activité. Mais est-il vraiment besoin de remonter jusqu'à la norme originaire, pour en fin de compte, avoir recours au système du doyen Bonnard ? D'autant plus que l'inclure ainsi dans une théorie en dehors de laquelle il a été élaboré, entraine fatalement à la déformer.

M. Châtelain dit, en effet, que la détermination des motifs et de l'objet devient de plus en plus précise à mesure que l'on descend l'échelle des normes, de telle sorte qu'il doit être suffisant pour un agent de constater que telle situation existe en fait, pour être obligé d'adopter une certaine attitude. Mais cela n'est pas si sur. Il n'est pas dit, en effet, que l'Administration possède moins de pouvoir discrétionnaire dans l'exécution des jugements que le juge dans l'examen du litige.

---

(141) *Op. cit.*, p. 272.
(142) *Op. cit.*, p. 273.
(142) V. *infra*, p. 307.

On peut, certes, admettre que le juge concrétise la règle de droit en en faisant application à des individus, et que même il dispose d'un large pouvoir discrétionnaire dans l'appréciaton de la règle de drot.

Mais ne croit-on pas que l'Aministration jouit d'un aussi large pouvoir discrétionnaire, lorsqu'elle invoque les nécessités de l'ordre public pour se refuser à exécuter un jugement ?

M. Châtelain est bien obligé sur ce point d'abandonner les théories de l'école de Vienne, de Merkl en particulier qui ne fait pas de distinction entre les actes administratifs et juridictionnels. Car, si l'Administration ne peut réformer les décisions du juge, au contraire d'une décision administrative, c'est bien parce qu'elle possède l'autorité de la chose jugée. Et celle-ci n'est à rien la concrétisation d'une norme antérieure. Elle correspond seulement à une nécessité sociale.

Dès lors, quelques séduisantes qu'elles soient pour la logique de l'esprit, les théories abstraites de l'Ecole de Vienne, ne paraissent pas indispensables pour résoudre le problème si concret, si pratique de la détermination du critère dinstinctif du pouvoir discrétionnaire et de la compétence liée (144).

5° *Théorie du doyen Bonnard et de M. Waline :*

On peut admettre dans la même catégorie la théorie de ces deux auteurs, dont la méthode consiste identiquement à analyser le processus intellectuel de l'acte administratif, en ses divers éléments, de façon à déterminer pour chaque élément, pour chaque moment de l'acte, la part qui revient au pouvoir discrétionnaire et celle qui revient à la compétence liée.

A) Théorie du doyen Bonnard (145) :

Tout acte juridique peut être analysé en quatre éléments, le motif, l'objet, le but et la manifestation de volonté. Par motif, il faut entendre l'antécédent (fait, situation, acte) qui précède l'acte ou le provoque. Par objet, l'effet produit immédiatement et directement par l'acte. Par but, le résultat qui produit l'effet de l'acte.

Si une loi ou un règlement organisent une compétence en indiquant les motifs en vertu desquels cette compétence est exercée, il y a compétence liée. Dans le cas contraire, il y a pouvoir discrétionnaire. Mais les motifs sont parfois énoncés de façon si vague, qu'il semble qu'une pareille impression doive aboutir à une absence de motifs engendrant ainsi un pouvoir discrétionnaire au profit de l'Administration. Toutefois, selon le doyen Bonnard « les motifs formulés seront suffisants pour lier le pouvoir le l'Administration lorsqu'ils seront constitués par des faits tels qu'il n'y a lieu pour les déclarer existants qu'à une constatation d'existence matérielle. Au contraire, il n'y a plus d'éléments suffisants pour la liaison de l'Administration, lorsque

(144) Selon Mr Waline il ne peut y avoir compétence liée que là où il n'y a pas création de normes. Car on ne peut dire que le pouvoir discrétionnaire consiste uniquement dans le choix entre deux ou plusieurs solutions toutes faites d'avance par la loi. (Observation sur la graduation des normes juridiques établies par M. Carré de Malberg, *R.D.P.*, 1934, p. 521).

(145) V. « Le contrôle juridictionnel de l'Administration », 1934. « Le Pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir », *R.D.P.*, 1923-363. *Précis de Droit administratif*, 4me édit., p. 74 et s.

l'existence des faits énoncés comme motifs, ne peut s'établir qu'à la suite de certaines libres appréciations de qualité et de valeur. Si, en effet, l'Administration vient ainsi exercer un tel pouvoir d'appréciation quant aux motifs, en dépendant des motifs, l'acte se trouve dépendre de cette appréciation de l'Administration quant aux motifs. On retrouve alors la donnée essentielle du pouvoir discrétionnaire » (146).

Celui-ci se retrouve surtout dans l'objet de l'acte, dès que la loi ou le règlement laissent l'Administration libre de fixer elle-même le contenu de l'objet de l'acte. L'administrateur peut alors valablement décider de s'abstenir, choisir quand et comment il agira. Par contre, la compétence liée réapparaît si l'objet de l'acte est déterminé par la loi ou les règlements.

Enfin, la compétence est toujours liée en ce qui concerne le but de l'acte, car l'Administration doit agir, non pour elle, mais en vue de l'intérêt général. Le détournement de pouvoir est alors susceptible de sanctionner ses manquements. Il faut noter d'ailleurs que le plus souvent, motifs et buts sont liés, car si l'acte ne poursuit pas le but voulu, c'est parce qu'il résulte d'une appréciation incorrecte des motifs, tant au point de vue de leur existence qu'à celui de leur validité.

B) Théorie de M. Waline (147) :

M. Waline a fait remarquer que lorsqu'un agent public prend une décision, il apprécie en premier lieu son propre rôle, ensuite la situation de fait, et enfin la mesure exigée par ses faits.

Dans la première phase, il est certain qu'il ne possède aucun pouvoir discrétionnaire, sa compétence étant déterminée à l'avance et son activité ne pouvant avoir d'autre but que l'intérêt général et la tâche précisée par sa compétence.

Dans la deuxième phase, sa compétence est en général liée. Car, dans la vérification de l'existence des faits, l'administrateur ne peut se permettre de commettre une erreur de fait. Il en est de même en ce qui concerne la qualification juridique des faits, les motifs étant, en effet, déterminés par la loi ou les règlements. Mais M. Waline estime qu'un pouvoir discrétionnaire réapparaît lorsqu'il s'agit d'appréciation d'éventualités futures (décisions relatives à la police, permission de voirie).

Dans la troisième phase, M. Waline pense que l'Administration conserve toujours le choix du moment. Néanmoins, cette liberté disparaît en cas d'urgence et quand les mesures à prendre sont dictées à l'avance par la loi. Enfin, le pouvoir discrétionnaire est limité lorsque l'Administration a à juger un conflit de lois : c'est le cas qui se produit lorsqu'une mesure de police contredit une liberté publique (148). Pour M. Waline, celle-ci ne peut être sacrifiée que si la mesure de police est nécessaire, donc opportune, ce qui entraine le juge à vérifier cette nécessité, cette opportunité pour pouvoir, en fin de compte, admettre ou non la légalité de la mesure incriminée.

---

(146) *Précis*, p. 80.

(147) « Le pouvoir discrétionnaire de l'Administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel », *R.D.P.*, 1930, p. 147.

(148) Cf. Jèze *R.D.P.*, 1934, p. 63.

C) Critique de cette Théorie :

La Théorie du doyen Bonnard et de M. Waline n'est pas exempte de critique (149). Une théorie générale du pouvoir discrétionnaire est très difficile à faire, surtout si l'on s'attache plus à décrire le rôle de la loi et des règlements que celui du contrôle juridictionnel. En présence de motifs aussi vagues ou imprécis que « ordre public », « nécessités », « perspective monumentale », « besoin public », faut-il, en effet, décider que l'Administration jouit d'un pouvoir discrétionnaire total ? Cela n'est guère admissible si l'on songe que le Conseil d'Etat annule les actes administratifs, alors que ni la loi, ni les règlements, n'ont au préalable énoncé aucun motif (refus de permission de voirie, par exemple). En outre, il n'est pas exact de dire que le pouvoir discrétionnaire apparaît lorsque l'appréciation de l'Administration porte sur une éventualité future : Le Conseil d'Etat annule des refus d'autorisation de cortège sur les voies publiques lorsqu'il estime que l'ordre ne semble pas devoir être troublé.

M. Waline a d'ailleurs reconnu que le Conseil d'Etat déduisait assez audacieusement les règles de droit précises de textes imprécis, et que pour une grande part, son action prétorienne avait créé le droit administratif.

C'est d'ailleurs ce que reconnaissent les auteurs qui disent que le Conseil d'Etat est juge de la légalité « au sens large du terme ». On comprend dès lors que pour ne pas déformer le sens habituel des mots d'autres auteurs aient défini le Conseil d'Etat comme un juge de la moralité administrative, c'est-à-dire de la bonne marche des services publics (150) ou comme un supérieur hiérarchique statuant en la forme juridictionnelle (151).

L'insuffisance des textes en matière administrative, le fait que pendant longtemps le Conseil d'Etat a possédé des pouvoirs de « justice retenue » ont amené peu à peu le Conseil d'Etat à créer le droit administratif : il faut se souvenir que la responsabilité de l'Administration a été engendrée par sa jurisprudence et non par des textes.

Le Conseil d'Etat ne se superpose pas à l'Administration. Il ne fait que le contrôler. Et les limites de ce contrôle varient tant en raison des textes que des nécessités des services et des besoins des administrés. Lorsque le Conseil d'Etat refuse d'examiner par la voie du recours pour excès de pouvoir les décisions de certains organes qui, à ses yeux, sont juridictionnels, n'admettant alors contre elles que le recours en cassation, c'est parce qu'il estime que ces organes sont techniquement mieux placés que lui pour relever l'existence de certains faits. D'une manière générale, tout refus d'examen du fait s'explique par cette idée que le Conseil d'Etat se considère comme incompétent, non pas tant juridiquement que techniquement pour examiner certaines situations ; comment, en effet, ne pas laisser à l'Administration le

---

(149) Cf. Wei-Teng-Lin : « Le pouvoir discrétionnaire de l'Administration et le contrôle juridictionnel en droit français », *Thèse Lyon*, 1944, p. 34 et s.

(150) Hauriou : *Précis*, II^me^ édit., p. 346. Welter : « Le Contrôle juridictionnel de la moralité administrative », *Thèse Nancy*, 1928.

(151) Ladreit de Lacharrière : « Le Contrôle hiérarchique de l'Administration dans la forme juridictionnelle », *Thèse Paris*, 1937. L'expession prête à la critique, car le juge ne possède pas de *pouvoirs* analogues à ceux du chef hiérarchique, v. *infra*, p. 395 et s.

soin de se rendre compte des prétendus inconvénients qu'il y aurait à ne pas désaffecter un cimetière, auquel il est reproché d'exister en plein centre d'une ville et de provoquer des émanations malsaines (152) ? C'est aussi parce qu'il lui est difficile d'apprécier les faits que le Conseil d'Etat a estimé irrecevable le recours pour excès de pouvoir d'un instituteur qui prétendait que son état de santé lui donnait droit à un congé de maladie avec traitement complet (153). Toutefois, il faut remarquer que de plus en plus, par l'expression « il est constant que » employée par le Conseil d'Etat, celui-ci a l'air de penser que l'Administration a reconnu l'existence et la valeur de la situation de fait antérieure à sa décision, qu'elle s'est seulement trompée sur la solution juridique qu'elle aurait du en tirer.

Ce souci de « moralité administrative » apparaît également quand on voit le Conseil d'Etat rejeter au fond un recours basé sur le prétendu excès de pouvoir commis par un Conseil Municipal dont une délibération avait décidé que, dorénavant, la commune n'assurerait plus la remise du courrier en dehors de ses limites territoriales. L'article 12 du décret du 10 juillet 1876 permettait, dit le Conseil d'Etat, à la commune d'assurer le service du courrier en dehors de ces limites, mais ne l'y obligeait pas, et le requérant n'est pas fondé à se prévaloir de ce que, pendant longtemps, il avait été ainsi, pour exiger la continuation de cette pratique (154). On ne peut donc dire qu'un tel contrôle juridictionnel puisse entraver l'action administrative, puisqu'il vise aussi à la protéger.

Ce que le Conseil d'Etat veut surtout éviter, c'est l'arbitraire des administrateurs. C'est pour cela qu'il admet le recours pour excès de pouvoir contre une décision qui se couvre du prétexte de l'intérêt général pour refuser à un administré de procéder au curage d'un cours d'eau : les administrés peuvent être aussi juges de l'intérêt général, et, prouver qu'existant, il commandait l'opération qu'ils réclament (155). Quant aux administrateurs, ils doivent toujours avoir égard à la situation légale du requérant et non à son attitude personnelle : c'est ainsi que commet un excès de pouvoir le Maire qui refuse une allocation de chômage sous prétexte de l'incorrection du requérant à l'égard de la Commission du fonds de chômage (156).

C'est toujours l'obligation légale du service que le Conseil d'Etat apprécie en premier lieu. Mais il consacre surtout au profit des administrés un droit à une exécution convenable du service public. La jurisprudence relative au droit au fonctionnement égal du service public nous apportera la preuve des effets spéciaux attachés par le Conseil d'Etat au principe de légalité. La jurisprudence relative à la responsabilité administrative pour abstention, nous montrera enfin que la Haute juridiction apprécie « en fait », « in concreto » les obligations des divers services. De telle sorte qu'il est permis d'affirmer que le pouvoir discrétionnaire n'est pas seulement ce qui est en dehors de la légalité (quoique en matière d'obligation de faire, ce soient le plus sou-

---

(152) *C.E.*, 21 juillet 1916 Charles 309.
(153) *C.E.*, 27 mars 1925 Mariani, *S.*, 1927-3-57.
(154) *C.E.*, 28 juin 1912 Vialle 755.
(155) *C.E.*,24 juillet 1937, Desmarais 795.
(156) *C.E.*, 18 novembre 1936, Humbert 1004.

vent des textes qui précisent son devoir à l'Administration), mais aussi ce que le juge se refuse à contrôler.

Cette attitude du Conseil d'Etat bouleverse peut-être les idées juridiques précises. Mais si l'on veut bien se rendre compte que le juge judiciaire n'a, en principe, à trancher que les litiges privés, alors que le Conseil d'Etat est mêlé à la vie quotidienne de l'Administration, on comprendra qu'il n'y avait probablement pas de meilleure garantie contre l'arbitraire de l'Administration qu'un certain arbitraire du juge.

Mais il faut remarquer que cet arbitraire du juge essaie toujours se rattacher à la loi. Le Conseil d'Etat a, en effet, décidé que toute autorité de tutelle doit employer le procédé de l'inscription d'office à l'encontre de l'autorité qu'elle contrôle, même si un pareil pouvoir ne lui est pas expressément reconnu par la loi (157). Invoquer les pouvoirs généraux de tutelle n'est qu'un artifice. Le Conseil d'Etat n'a pas voulu laisser les administrés sans recours. Mais il est symptômatique de relever que la procédure qu'il exige de voir employer par l'Administration, est une procédure légalement consacrée par la loi dans des hypothèses analogues. On peut noter là le souci du Conseil d'Etat de rattacher l'exécution du service au principe de légalité.

SECTION 2. — LE DROIT AU FONCTIONNEMENT EGAL DES SERVICES PUBLICS

Le droit au fonctionnement des services publics étant essentiellement un droit objectif à la légalité de ce fonctionnement, il est alors permis de se demander si le principe d'égalité peut jouer un rôle quelconque en la matière. Si l'on se rapporte à l'idéologie de la Révolution de 1789, il semble bien que les notions de loi et d'égalité aient alors toujours été confondues. « Les hommes naissent libres et égaux en droit » proclamait l'article 1er de la Déclaration des Droits de l'Homme, dont l'article 4 précisait que les bornes des libertés publiques « ne peuvent être déterminées que par la loi » qui, aux dires de l'article 6, devait être « la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse » (158).

Le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 n'a pas failli à la tradition. En effet, après avoir réaffirmé solennellement les droits et les libertés de l'homme et du citoyen, consacrés par la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789, il proclame explicitement le principe d'égalité, en ce qui concerne l'égalité des droits de l'homme et de la femme, l'égalité et la solidarité des Français devant les calamités nationales, l'égal accès de tous aux fonctions publiques, à l'instruction publique, à la formation professionnelle et à la culture.

On voit par là que l'association des idées de légalité et d'égalité n'a plus la même rigueur qu'autrefois. Ce phénomène n'a

---

(157) *C.E.*, 1er avril 1938, Soc. Hôtel d'Albe 341.

(158) Sur ce point v. Belin : Le principe d'égalité devant les charges publiques à l'époque révolutionnaire et son influence sur la jurisprudence administrative », *R.D.P.*, 1934, p. 335. « L'égalité des citoyens devant les charges publiques, *Paris* Dalloz 1936, Jouët : « De l'évolution de l'idée d'égalité », *Thèse Paris* 1909. Brunet : « Le principe d'égalité en droit français », *Thèse Bordeaux*, 1927.

rien qui doive étonner. Car, si la notion de légalité est dans une certaine mesure rationnelle, on ne peut en dire autant de celle d'égalité, qui répond plus au désir d'abaisser les puissants qu'à celui d'organiser la société.

Nous savons (159) que la théorie classique, issue de la Révolution de 1789, voyait essentiellement dans la loi un acte de portée générale, essentiellement impersonnel et anonyme. A ce titre, le droit au fonctionnement légal des services publics implique nécessairement le droit au fonctionnement égal (160) : si l'Administration octroie des privilèges ou des avantages à certains, le fonctionnement du service cesse par cela même d'être égal puisqu'il n'est plus anonyme, c'est-à-dire légal.

Nous avons vu que les administrés sont à l'égard des services publics dans une situation juridique impersonnelle, et que leur droit au fonctionnement des services s'analyse en un droit objectif à la légalité de ce fonctionnement. Ils sont donc en droit d'exiger que l'Administration se comporte, vis-à-vis d'eux, comme vis-à-vis de tout autre, c'est-à-dire qu'elle soit obligée de leur fournir des prestations prévues par la loi du service : en effet, si cette prestation n'était pas fournie, il serait créé, au désavantage de certains administrés, des situations personnelles incompatibles avec le principe de fonctionnement légal et anonyme des services. Ce même principe, par ailleurs, doit forcer l'Administration à imposer à tous les charges qu'elle ne fait supporter qu'à quelques uns : un administré est donc en droit de se plaindre des mesures qui le frappent personnellement et que l'Administration ne prend pas contre d'autres administrés pourtant investis comme lui de la même situation juridique. Ainsi, non seulement l'administré pourra demander l'annulation de la mesure qui le frappe, mais aussi qu'elle atteigne tous ceux qui doivent la supporter

Le Conseil d'Etat fait quotidiennement application de ce principe d'égalité, et force l'Administration à reconnaître qu'une demande doit être accueillie ou repoussée, sans considération de la personne ou des opinions du postulant. Il y a là un excellent moyen de réduire l'arbitraire gouvernemental, dont la partialité éclate parfois sans équivoque : « Je crois devoir ajouter », prescrivait une circulaire du Ministère de l'Intérieur aux Préfets, en date du 20 juin 1902 « que si dans votre Administration, vous devez la justice à tous, sans distinction d'opinion ou de partie, votre devoir vous commande de réserver les faveurs dont vous disposez à ceux de vos administrés qui ont donné des preuves non équivoques de fidélité aux institutions républicaines ». Le Conseil Général des Bouches-du-Rhône adoptait la même attitude lorsqu'il proclamait : « Le Conseil Général estimant que, si le département doit, de la façon la plus impartiale, accorder à chacune des communes du département, les allocations auxquelles elle peut avoir légalement droit, l'Assemblée Départementale a le droit et le devoir de n'accorder les subventions, à titre de faveur, qu'aux communes républicaines » (161).

Ceci heurte la sensibilité égalitariste. Néanmoins, la circulaire du Ministre de l'Intérieur et l'opinion du Conseil Général des Bouches-du-Rhône sont tout à fait dans la ligne de la juris-

(159) V. *supra*, p. 40 et s.
(160) Belin :« L'égalité des citoyens devant les charges publiques », p. 169.
(161) Cités par Cruet, *op. cit.*, p. 170 et s.

prudence du Conseil d'Etat. Car, toutes deux précisent bien que l'égalité doit être respectée à l'égard des droits tenus de la loi, mais non pas lorsqu'il s'agit de faveurs.

Les textes et la jurisprudence confirment identiquement ce point de vue. Aux dires du Conseil d'Etat, le Gouvernement fixe discrétionnairement les subventions qu'il croit devoir allouer (162). Et, si l'on considère un texte comme l'article 112 de la loi de finances du 31 décembre 1945 qui organise l'attribution des subventions aux simples particuliers par les collectivités publiques, on s'aperçoit tout de suite que cet article se préoccupe seulement de déterminer les services compétents pour attribuer une subvention (on ne peut recevoir de subvention que d'un seul service, même si l'activité des particuliers en intéresse plusieurs. et de préciser le contrôle de l'Etat sur l'utilisation des subventions, mais en aucune façon de prévoir une répartition égalitaire de celles-ci.

L'égalité n'est donc qu'une égalité selon la loi : tous les particuliers placés dans la même situation légale ont les mêmes droits et peuvent exiger un fonctionnement égal des services, en considération de cette situation légale et non de leur situation personnelle. C'est ce que rappelle la formule du Conseil d'Etat, relative aux dispositions qui font ou ne font pas échec « au principe d'égalité des citoyens devant les règlements administratifs » (163).

C'est ainsi qu'à été déclaré irrégulier le refus à un administré du service de distribution d'eau : « Considérant que le sieur Tondut a demandé que lui soit accordée une concession d'eau dans les conditions prévues par les règlemetns municipaux en vigueur ; que si, aux termes de l'article 2 du règlement municipal du 1er janvier 1903, l'Administration est seule juge des cas dans lesquels des concessions demandées ou existantes pourraient nuire aux services publics et doivent être refusées, suspendues ou supprimées, le Maire ne saurait se prévaloir de cette disposition pour établir des discriminations entre les habitants demandant à bénéficier, *dans des conditions légales*, du service de distribution d'eau. Considérant qu'il ne résulte pas des pièces au dossier que l'Administration se soit trouvée dans l'obligation de refuser le bénéfice du dit service public au requérant, à raison de la situation particulière dans laquelle ce dernier se serait trouvé ; que, dès lors, le sieur Tondut est fondé de demander l'annulation pour excès de pouvoir, de la décision qui, au surplus, présente dans les circonstances de la cause, un caractère nettement abusif, par laquelle le Maire a refusé de lui accorder une concession d'eau *dans les conditions prévues par les règlements en vigueur* » (164).

Il y a aussi excès de pouvoir à refuser de délimiter également les zones d'activité de sociétés industrielles, rien dans la loi n'autorisant l'Administration à créer ainsi pour certains des privilèges qui portent atteinte au principe de l'égalité des citoyens (165). Constitue aussi, à ce titre, un excès de pouvoir la décision d'une Commission administrative d'un hôpital qui laisse aux malades le soin de choisir leur chirurgien, ce qui autorise tous les chirurgiens à opérer à l'hôpital sans qu'ils se soient engagés à répondre à tout appel des malades ou de l'hôpital : il

---

(162) *C.E.*, 12 août 1924 Département de la Haute-Savoie, 401.
(163) *C.E.*, 9 mars 1913, Roubeau 522.
(164) *C.E.*, 6 mai 1931, Tondut, *S.*, 1931-3-81 n. P.L.
(165) *C.E.*, 15 février 1946 Soc. Les Savonneries de Bourgogne 49, 10 juillet 1946 Société Charles frères. *Droit Social*, 1947-95, concl. Célier.

y a là, en effet, un danger réel d'inégalité, le service ainsi réalisé pouvant s'avérer incapable de donner les soins demandés selon les prescriptions de l'article 1er de la loi du 15 juillet 1893 qui prévoit que « tout Français malade, privé de ressources, reçoit gratuitement l'assistance médicale gratuite dans un établissement hospitalier » ; certains malades pourraient, en effet, être privés de soins si les chirurgiens de l'extérieur ne daignaient pas se déranger (166).

La décision la plus célèble peut-être en la matière, est celle qui concerne l'affaire Chomel (167), assez piquante de par les faits qui lui donnèrent naissance. Une receveuse des postes, en mauvais termes avec le sieur Chomel, avait refusé de lui porter les dépêches qui lui étaient destinées, motif pris de ce qu'il passédait un chien dangereux. L'affaire alla en haut lieu, et il fut produit la photographie du chien, un petit roquet. L'Administration n'en décida pas moins que les dépêches ne seraient portées que chez le maître-valet du sieur Chomel. L'irrascible receveuse ne se tint pas pour battue, et fit valoir que le dit maître-valet possédait aussi un chien dangereux. Renseignement pris, le chien était à demi paralysé. Le Sous-Préfet se mêla de l'affaire et un dossier complet avec photographie des chiens fut acheminé sur Paris. Le Sous-Secrétaire d'Etat aux P. T. T., qui ne craignait pas le ridicule, avisa alors le sieur Chomel que les dépêches télégraphiques ne lui seraient désormais remises que s'il consentait à faire poser une boîte et une sonnette à l'entrée de l'enclos précédant son habitation. Le sieur Chomel, que la procédure n'effrayait pas, intenta un recours pour excès de pouvoir contre cette décision que le Conseil d'Etat annula « Considérant qu'en vertu du décret... du 12 janvier 1894 et de l'instruction règlementaire concernant le service des facteurs distributeurs, la remise des télégrammes doit être effectuée au domicile du destinataire et à lui-même ou à son représentant. Considérant qu'il ne résulte pas des pièces du dossier que l'Administration se soit trouvée dans l'obligation de placer le requérant en dehors de la règle générale ci-dessus rappelée ». C'est-à-dire, de le placer dans une situation particulière, donc inégale, l'inégalité résultant automatiquement de la violation d'une règle générale et anonyme.

Les administrés peuvent aussi exiger le respect du principe de l'égalité en incriminant la décision par laquelle l'Administration refuse d'appliquer une règlementation à un tiers, tout en en faisant supporter le poids aux requérants. L'arrêt Chambre Syndicale des Fabricants d'eaux gazeuses de Paris est sur ce point particulièrement net (168).

Les fabricants d'eaux minérales astreints à se plier à une sévère règlementation (autorisation préalable, inspections et taxes d'inspections) se plaignaient de ce qu'elle n'était pas appliquée aux fabricants d'eaux de seltz. L'inégalité de traitement apparaissait ainsi choquante. Mais l'Administration répondait que seuls les commerçants vendant des eaux minérales fabriquées en dehors de leurs établissements, étaient soumis à la règlementation. Il s'agissait donc d'un problème d'interprétation de textes : comme

---

(166) *C.E.*, 19 mai 1939. Docteur Guglielmi, *R.D.P.*, 1939-509, concl. Latournerie.

(167) *C.E.*, 29 décembre 1911. *R.D.P.*, 1912-35.

(168) *C.E.*, 24 mars 1922. *R.D.P.*, 1922-247, concl. Rivet.

il est logique, la question d'égalité dépendait de celle de légalité. Au fond, le Conseil d'Etat suivit le Commissaire du Gouvernement Rivet, qui fit valoir que l'interprétation de l'Administration était erronée et aboutissait à une inégalité illégale de traitement. « Considérant... que la question posée... est... une question de légalité susceptible de donner ouverture à un recours pour excès de pouvoir... Considérant qu'il résulte des *dispositions combinées* de l'ordonnance du 18 juin 1823... qu'*en l'absence de toutes dispositions* formelles les en exemptant... *sous l'empire de la législation* en vigueur ». Toutefois, le Conseil d'Etat n'eut pas à prendre position sur une partie de l'argumentation de son Commissaire du Gouvernement, qui estimait que le recours eut été rejeté s'il n'avait critiqué que le refus d'assujettir un individu déterminé à la règlementation commune et non une catégorie d'individus. On ne voit pas sur quoi repose cette distinction arbitraire, et en quoi l'inégalité n'est plus illégale dès qu'elle joue en faveur d'un individu isolé.

Au reste, il semble que le Conseil d'Etat ait ultérieurement infirmé cette opinion, puisqu'il décida — sur le plan du contentieux de la responsabilité — qu'il y avait faute pour une Administration à avoir toléré que son concessionnaire ne se soit pas conformé aux règlements de police, ce qui avait occasionné un préjudice aux concurrents privés de ce concessionnaire (169). A cette décision, on pourrait être tenté d'opposer l'arrêt Sibille (170), par lequel le Conseil d'Etat rejeta un recours en annulation contre une décision du Ministre des Finances qui avait refusé de revenir sur l'exonération totale ou partielle de la taxe sur les spectacles et du droit des pauvres, accordés aux organisateurs d'une corrida.

Mais l'arrêt est ainsi motivé. « Considérant que les requérants sont sans qualité pour critiquer l'application individuelle ainsi faite dans un cas particulier à des tiers des dispositions de la loi fiscale ». Ils sont, en effet, sans qualité, car ils ne supportent aucunement le poids des taxes dont des tiers sont exonérés. La solution aurait été vraisemblablement tout autre si les requérants s'étaient plaints en qualité d'organisateurs de corridas, non exonérées du paiement de ces taxes (mais il n'en était pas ainsi ; les requérants agissaient au nom de la Société Protectrice des Animaux...)

En matière de services contractuels prestataires, les cahiers des charges imposent aux concessionnaires de faire bénéficier des mêmes avantages tous les usagers placés dans les mêmes conditions (171). Si bien que l'obligation de soumettre les usagers à un régime qui ne comporte pour aucun d'eux un traitement privilégié (172) peut être considéré comme une règle générale de fonctionnement de ces services.

Mais, s'agissant d'une égalité légale, il ne peut être question que d'une égalité relative (173). L'égalité de traitement n'est obligatoire que si les administrés sont placés par rapport au service

---

(169) *C.E.*, 26 juin 1931 Chambre Syndicale des Propriétaires loueurs d'autocars, 707

(170) *C.E.*, 4 décembre 1936, R. p., 1065.

(171) Cf. P. Laroque, *op. cit.*, p. 55.

(172) Concl. Latournerie pour *C.E.*, 1er avril 1938. Société l'Alcool dénaturé de Coubert, *R.D.P.*, 1939-485.

(173) Blaevoet n. au *D.*, 1934-2-209.

public dans une égale situation juridique d'utilisation du service. Ainsi que le dit M. Lhuillier, l'inégalité de traitement est admissible si elle trouve sa justification, non dans la situation personnelle de l'usager, mais dans sa situation à l'égard du service public : une discrimination n'est licite que si elle a un caractère impersonnel (174). Ceci autorise, dès lors, un concessionnaire, à dispenser des usagers d'une clause relative à la garantie minimum de consommation qu'il peut imposer à d'autres, ou à demander à certains des tarifs plus élevés, soit parce que le cahier des charges prévoit une telle exception, soit parce que l'éloignement ou les dépenses importantes d'énergie électrique placent l'usager en dehors des prévisions de l'acte de concession (175).

Le principe de l'égalité s'impose donc au fonctionnement des services publics, dans la mesure où s'impose celui de la légalité, dont il ne constitue qu'un aspect. Les administrés n'ont droit à l'égalité du fonctionnement du service public que dans les conditions prévues par la loi et les règlements qui définissent leur situation juridique et objective à l'égard du service.

SECTION 3. — ABSTENTION ET RESPONSABILITE DE L'ADMINISTRATION

Le principe de la responsabilité de l'Administration est de nos jours incontesté, et le contentieux de l'indemnisation est peut-être le plus fourni et le plus fouillé.

Par les arrêts Rotschild (176) et Blanco (177), a été fixé le caractère autonome de cette responsabilité qui, « ni générale, ni absolue », variable suivant la nature, les besoins et les nécessités du service, ne peut être assimilée à celle qui découle de l'application de l'article 1382 du Code civil (178).

Elle repose essentiellement sur la notion de faute de service, faute anonyme qui lui confère un caractère primaire, puisque l'Administration est directement responsable sans qu'il soit nécessaire de prouver la faute de ses agents : c'est ainsi écarter l'application de l'article 1384 du Code civil. Mais cette responsabilité a un caractère nuancé, car la jurisprudence a confirmé l'opinion du Commissaire du Gouvernement Romieu, qui estimait que « toute erreur, toute négligence, toute irrégularité, (même de nature à motiver une annulation pour excès de pouvoir) n'entrainera pas nécessairement la responsabilité pécuniaire de la personne publique » (179). Si donc la faute de service peut engager la responsabilité de tous les organes de l'Etat et de l'Administra-

---

(174) N. sous *C.E.*, 1er juillet 1936 Veyre, *S.*, 1937-3-105.

(175) Lyon 12 novembre 1931, Soc. Electricité du Bugey, *S.*, 1933-2-57 n. Lhuillier. Cv. 24 octobre 1933, *D.*, 1935 1. 33 n. Blaevoet.

(176) *C.E.*, 6 décembre 1855-705.

(177) *T.C.*, 8 février 1873-61.

(178) Les principes régissant la responsabilité de droit privé s'appliquent par contre aux abstentions relatives à la gestion privée de l'Administration. Sur ce point cf. Duez : « La responsabilité de la puissance publique », édit. 1938, p. 268. V. Req. 23 juillet 1936. *D.H.*, 1935-538 et 13 janvier 1947. *S.*, 1948-1-29 n. P. Lavigne : responsabilité de l'Etat pour dommages causés aux propriétaires voisins d'une forêt domaniale, dont les récoltes avaient été abîmées par des sangliers qui pullulaient en trop grand nombre par suite de la négligence de l'Administration à faire opérer des battues.

(179) Conclusions pour *C.E.*, 10 février 1905 Tomaso-Greco, *S.*, 1906-3-113 n. Hauriou.

tion à propos d'actes administratifs, elle est loin de l'engager automatiquement.

Parallèlement à cette théorie de la responsabilité pour faute de service, s'est développée la théorie de la responsabilité pour risque qui, on le sait, permet au requérant d'établir seulement le lien de causalité matérielle entre l'acte de l'Administration et le dommage subi, sans avoir besoin d'alléguer ni de prouver une quelconque faute de service. Mais la responsabilité pour risque a conservé un caractère subsidiaire ou complémentaire : elle ne peut, en efet, être invoquée que si le dommage est exceptionnel, anormal, dépassant de loin tous les préjudices auxquels on peut s'attendre du seul fait de la vie en société.

L'existence de ces deux modes de responsabilité montre suffisamment que, l'abstention administrative étant susceptible de constituer une faute de service ou d'occasionner un dommage anormal, la notion d'obligation de faire, telle qu'elle résulte du Code civil, ne suffit pas dans toutes les hypothèses à fonder l'obligation de l'Administration d'accomplir un acte ou une prestation, puisque, en droit privé, toute inexécution d'obligation de faire est révélatrice d'une faute, alors qu'en droit public elle peut engager la responsabilité des pouvoirs publics, soit pour faute, soit pour risque.

Mais il est encore un autre point qui nous montrera l'inadéquation de la notion d'obligation de faire en droit public. Après avoir étudié l'abstention par rapport à la théorie de la faute et à celle du risque, nous verrons, en effet, que toute abstention illégale n'est pas par cela même fautive : preuve supplémentaire que les obligations de faire de l'Administration ne peuvent être entendues au sens du droit privé.

Sous-Section 1. — La faute d'abstention

Nous avons vu qu'en de très nombreuses hypothèses l'Administration était légalement obligée d'accomplir certains actes, de fournir certaines prestations aux administrés (180). Or, le juge ne peut qu'annuler le refus de l'Administration, il ne peut lui enjoindre de faire tel ou tel acte, l'Administration conservant toujours le choix du moment et des moyens (181). Mais, grâce à la théorie de la faute de service, il peut la rendre responsable de son inaction, sanctionnait ainsi « a posteriori » le caractère « convenable en fait » qui doit être celui de l'exécution du service public.

Mais toute abstention n'est pas nécessairement fautive : la faute de service n'étant ni générale, ni absolue, elle doit affecter un certain caractère de gravité, appréciable suivant les circonstances de temps et de lieu et les prossibilités propres à chaque service.

Aussi, étudierons-nous sous deux paragraphes :

1° la détermination des cas d'abstention fautive ;

2° l'appréciation de la gravité de l'abstention.

---

(180) V. *supra*, p. 299.

(181) V. *infra*, p. 395 et s.

§ 1er. — *La détermination des cas d'abstention fautive* (182).

L'abstention affecte des formes très diverses. Elle peut consister soit en une carence de pouvoir de décision, soit en des négligences, soit enfin en des retards, lors de l'exécution du service public.

1° *La carence du pouvoir de décision :*

Elle peut tout d'abord se manifester par un refus irrégulier d'accorder à l'administré la prestation requise : Il y aura là, ou bien une erreur de droit, ou une intention de nuire. Un pareil refus est susceptible d'engager la responsabilité de l'organe qui l'a émis, tel le refus d'un concessionnaire qui n'a pas voulu conclure avec les riverains intéressés, les baux d'irrigation à eux dus, en vertu de la concession (183). La responsabilité n'a certainement pas ici pour fondement un abus de droit de ne pas contracter, puisqu'il existe une obligation légale de contracter, afin de faire fonctionner le service en faveur de tous ceux qui en réclament le bénéfice, conformément à la loi.

Dans le même sens, commet une faute de nature à engager sa responsabilité, le groupement interprofessionnel laitier qui a systématiquement refusé l'attribution de denrées à un commerçant cependant doté de la carte professionnelle régulière qui ne lui avait jamais été retirée (184).

Le problème de la responsabilité pour carence dans le pouvoir de décision s'est surtout posé à propos du refus des autorités

---

(182) Nous ne traiterons pas sous ce paragraphe des formes d'abstention fautive que nous avons déjà signalées dans nos développements antérieurs : inexécution de la loi et des règlements (v. *supra*, p. 80) défaut de surveillance hiérarchique ou tutélaire (v. *supra*, p. 181) inexécution des décisions de justice (v. *supra*, p. 206) inexécution des travaux publics (v. *supra*, p. 252).

Il convient en outre de signaler l'aspect spécial de la responsabilité en matière de fonctionnement des P.T.T.

En vertu des dispositions législatives la règle est celle de l'irresponsabilité (perte de lettres affranchies mais non chargées, correspondance télégraphique et téléphonique, retards dans l'exécution du service des comptes-courants postaux). Par ailleurs, il a été formellement prévu en certaines hypothèses une responsabilité forfaitaire (perte d'objets ecommandés, service des valeurs à recouvrer). Mais si l'on ne se trouve pas dans un cas d'application de cette responsabilité forfaitaire, la règle de l'irresponsabilité ressurgit : Trib. Seine, 11 avril 1911, *S.*, 1914-2-81 n. Mestre. *C.E.*, 6 mars 1914 Monilla, *S.* 1920-3-80, 15 mars 1935 Cloître et C°, *S.*, 1936-3-6.

Mais dès que les textes consacrant l'irresponsabilité de principe ou la responsabilité forfaitaire ne sont plus applicables, le juge compétent — (le juge judiciaire est compétent s'il s'agit du contrat entre les P.T.T. et l'usager alors que le Conseil d'État l'est s'il s'agit d'une faute détachable de ce contrat, relative au fonctionnement général du service : *C.E.*, 2 février 1917, Soc. coop. de production des ouvriers menuisiers de Limoges, 113, 15 mars 1935 Cloître précité, 7 décembre 1945, Soc. Ranc, *S.*, 1946-3-29 concl. Lefas) — considère que le droit commun de la responsabilité reprend son empire : *C.E.*, 16 juin 1937, Drouin *D.H.*, 1937-411 (négligence dans le fonctionnement des Services des chèques postaux), 28 mars 1947 Marquer 142 (négligence du service de la Caisse d'Epargne). Cv. 6 août 1946. *D.*, 1947-J-41 (négligence dans le service des valeurs déclarées).

Sur tous ces points : v. Waline : « La responsabilité de la poste d'après la jurisprudence administrative », *D.H.*, 1939 Chr 69. Ricard: « Droit et jurisprudence en matière de P.T.T. ». Duez : « La responsabilité de la puissance publique », édition 1938, p. 261.

(183) Cass. 23 mai 1865. *D.*, 1865-1-253. Jurisprudence constante : cf. *D.* 1877-2-28, *D.*, 1906-1-346, *D.*, 1914-2-39, *S.*, 1916-1-32, *S.*, 1917-2-105 n. Mestre, cf. P. Larroque *op. cit.*

(184) *C.E.*, 6 octobre 1944 Sassot 258.

de la police administrative, d'intervenir pour dégager les usines occupées par les grévistes.

L'occupation des usines, forme la plus efficace de la grève, fut employée en France sur une grande échelle en 1936, après la victoire électorale du Front Populaire. Le mouvement apparut plutôt spontané que provoqué, s'il fut par ailleurs exploité et entretenu par le parti communiste. Les scènes de violence et de pillage furent rares. Dans très peu de cas, les ouvriers essayèrent de mettre en marche des usines à leur profit. Si la propriété privée était atteinte, elle n'était pas cependant menacée et, en tout état de cause, l'ordre public était respecté. On comprend dès lors que le Gouvernement Blum ait essayé d'arbitrer la situation, plutôt que de la résoudre par la force. Malheureusement, il manqua de vigueur, et ayant trop fait savoir qu'il n'utiliserait pas la force, il fut cause de ce que les occupations traînèrent en longueur, au grand dam des intérêts privés et surtout des intérêts sociaux et économiques généraux.

Aussi les propriétaires des usines occupées, firent-ils souvent appel au concours de la police, afin de faire évacuer les usines. D'une façon générale, ils se heurtèrent à un refus formel d'intervention. D'où de très nombreux recours en indemnité devant le Conseil d'Etat incriminant ce refus d'action de la police administrative.

Certes, la propriété privée avait subi une sérieuse atteinte, tout au moins quant au droit de jouissance. Mais cela ne suffisait pas à engager la responsabilité de l'Etat. L'atteinte était due au fait des grévistes, non à l'inaction de la police (185). La police a pour tâche de faire régner l'ordre public, c'est-à-dire l'ordre dans la rue, de prévenir les infractions, et elle n'est obligée de protéger les individus ou leurs biens que dans la mesure où les dangers qu'ils courent risquent aussi de menacer l'ordre public (186).

La police, a-t-elle de ce fait un pouvoir discrétionnaire d'agir ou de ne pas agir (187) ? Son abstention n'est-elle fautive que si elle révèle un abus de son droit de ne pas agir (188) ?

Telle ne semble pas être la doctrine du Conseil d'Etat. Si dans un ancien arrêt il s'est contenté, sans dire plus, de refuser tout droit à indemnité à un requérant qui se plaignait de ce qu'un Préfet n'avait pas ordonné les mesures qui eussent été nécessaires pour mettre fin à des manifestations hostiles à un candidat aux élections (189), sa jurisprudence s'est depuis, à l'occasion de grèves avec occupation, largement développée et considérablement précisée.

Il ressort en effet, par « a contrario » des termes de l'arrêt Société Vialette-Viallard (190) que la police administrative doit intervenir chaque fois qu'il y a atteinte à l'ordre public. « Consi-

---

(185) Rouen 18 mars 1937, *R.D.P.*, 1937-355.

(186) Cf. Teitgen : « La police municipale générale », *Thèse Paris*, 1934. Debrie, *op. cit.*, p. 47, p. 66.

(187) Poucel, *op. cit*, p. 101.

(188) Hoche : « La responsabilité de l'Etat et des Communes dans les grèves d'occupation », *Thèse Nancy*, 1937, p. 135.

(189) *C.E.*, 5 mars 1880, *S.*, 1881-3-64.

(190) *C.E.*, 8 janvier 1943, *R.D.P.*, 1943, p. 77. Cf., quoique moins explicite : *C.E.*, juin 1938 Sté Géo Foucault, *R.D.P.* 1938-387, 11 juillet 1939, Sté an. des Anc. Ets A. Combes et Fils et C° 471, 16 novembre 1939 Soc. l'Epargne 564, 1er mars 1944 Soc. de gestion des usines Limosa.

dérant... que l'occupation des usines par les grévistes, quelque illicite qu'elle fut, s'est effectuée dans des conditions qui ne constituaient pas une atteinte à l'ordre public, telle que les autorités administratives, chargées d'en assurer le maintien... n'auraient pu, sans méconnaître leurs obligations, se refuser à intervenir ».

Reste évidemment à définir ce que l'on appelle ordre public, et en quoi consiste le trouble apporté à l'ordre public. Le Conseil d'Etat a ici un rôle délicat à jouer, car il faut bien qu'il apprécie les faits pour les qualifier juridiquement. On ne peut dire que l'Administration peut décider discrétionnairement de son intervention. Il y a là une situation intermédiaire entre la compétence liée et le pouvoir discrétionaire, une notion aussi vague que celle de l'ordre public paraissant, en effet, ressortir essentiellement à la catégorie des directives (191).

Il n'en reste pas moins que le refus d'action de la police peut, en certaines hypothèses, engager la responsabilité de l'Administration. Toutefois, il nous faut encore apporter une précision. En vertu des principes généraux, la décision de refus ne peut être contrôlée par le juge que si elle a une portée individuelle. Les autorités de police peuvent, en effet, opposr leur refus le plus formel, dont le juge se refuse toujours à connaître, aux requêtes leur demandant d'établir une règlementation générale (192).

Il est une autre forme de carence du pouvoir de décision qui consiste à ne pas prendre la décision, sollicité non pour que soit accordée une prestation au requérant. mais pour que soit prise une mesure à l'encontre d'un autre individu. C'est ainsi que par l'arrêt Garcin (193), l'Etat a été rendu responsable de l'inaction d'un Préfet, qui malgré les doléances des autorités municipales et les avertissements de ses administrés, n'avait pas fait usage de ses pouvoirs d'internement, mais avait laissé en liberté un individu récemment sorti d'un asile, qui, non guéri et atteint de la folie de la persécution, avait fini par assassiner, après avoir proféré de nombreuses menaces contre lui et manifesté ses intentions homicides, le sieur Garcin, qu'il rendait responsable de ses malheurs.

Il y a également carence dans le pouvoir de décision, lorsque l'Administration omet d'intenter des poursuite judiciaires, alors qu'elle a été saisie d'une demande à cet effet, par de simples particuliers, désireux de voir intenter une action judiciaire contre dse individus contrevenant à la règlementation établie par l'Administration et que celle-ci a le devoir de faire respecter (194).

2° *Les négligences :*

Elles constituent la monnaie courante de la faute d'abstention, et la jurisprudence est sur ce point abondamment fournie.

En premier lieu, on peut citer les très nombreuses fautes

---

(191) En ce sens Goldenberg : « Le Conseil d'Etat juge du fait », p. 217.

(192) Cf. sur le refus des Préfets d'établir ou de réviser un règlement d'eau, droit qui leur appartient « dans un but de police et d'utilité générale ». (*C.E.*, 22 mars 1866 Laffargue 274), *C.E.*, 9 mai 1867 Marais de l'Authie 466, 15 mai 1869 Casyn 478, 22 novembre 1878 Baunet 915, 31 mars 1882 Verdellet 307, 24 décembre 1897 Johannot 939, 11 décembre 1935 Cabrol 1173.

(193) *C.E.*, 23 juin 1931 *R.D.P.*, 1931 concl. Latournerie, *S.*, 1931-3- n. Bonnard.

(194) N. *P.L.* sous *C.E.*, 12 octobre 1934 Siskind, 11 janvier 1935 Colombino, 1er mars 1935 Angelliers, *S.*, 1935-3-41 V. *infra*, p. 515.

qui consistent en l'absence de précautions propres à assurer la sécurité des administrés. Les services de l'enseignement ont été ainsi très souvent condamnés pour n'avoir pas, en contravention des règlements ou par suite d'un manque coupable de diligence, aménagé les locaux scolaires de façon qu'aucun danger n'en résulte pour les élèves (195).

La règlementation relative au ravitaillement, née de la guerre, de l'occupation allemande et du marasme économique qui suivit la libération du territoire, a été l'occasion pour les nouveaux services créés, de faire preuve d'impéritie et de négligence. « Considérant qu'il résulte de l'instruction et qu'il n'est d'ailleurs pas contesté, que le dommage subi par les époux Dor, du fait de la perte de la récolte de châtaignes ramassées sur leur propriété, à l'automne 1941, est exclusivement imputable à la négligence des services locaux du ravitaillement qui ont commis une faute de nature à engager la responsabilité de l'Etat » (196).

L'omission d'une formalité lors de l'accomplissement d'un acte juridique, peut aussi être constitutive d'une négligence fautive : c'est ainsi qu'a été retenue la responsabilité de l'Administration à l'occasion de la légalisation d'une fausse signature, par un Maire qui avait négligé de s'enquérir exactement des formalités prescrites par le décret du 5 novembre 1926 (197).

La négligence des asiles dans la surveillance des aliénés est, elle ausi, répréhensible : la responsabilité de l'Administration a, de ce fait, été mise en cause par suite de l'insuffisance de la surveillance d'un aliéné qui avait pu ainsi mettre le feu à un bois voisin de l'asile (198).

La responsabilité des hôpitaux peut être identiquement mise en cause : le décès d'un enfant étranglé par la courroie de son lit, dont il était tombé, était imputable, a signalé le Conseil d'Etat à un défaut de surveillance de la part du personnel de l'hôpital (199).

Mais c'est surtout dans le domaine de l'inaction des divers services de police administrative (200), que les négligences ont trouvé leur terrain d'élection.

Cette inaction ne peut d'ailleurs être répréhensible que si elle a consisté en une absence de précautions destinées à assurer la sécurité publique. Elle ne peut être reprochée à l'Administration lorsqu'elle a à décider si elle doit ou non réprimer les atteintes portées à son domaine public (201), qu'elle est d'ailleurs seule compétente pour fixer et délimiter (202).

---

(195) *C.E.*, 23 novembre 1917, Ville de Toulouse 760, 2 juin 1920, Commune de Savigny-sur-Braye 553, 22 juillet 1921, Ville de Montauban, 750, 4 novembre 1927 Roumagnac 1019, 18 juillet 1930 Moreau 769, 29 mai 1931 Sibault 560, 4 mars 1932 Boucher 274, 19 janvier 1934 Epoux Salvador 99, 7 février 1934 Le Henaff 190, 16 janvier 1935 Ville de Mézières 60, 22 juillet 1936 dame Vincent 841, 3 février 1937 Rouby 148, 30 janvier 1939 Ville de Montpellier 445, 8 mars 1944 Commune de Vau 83.

(196) *C.E.*, 14 février 1945 Jourdan. Dor 33.

(197) *C.E.*, 30 mai 1945 dame Grée 113.

(198) *C.E.*, 27 janvier 1933 de Bony. *S.*, 1933-3-95.

(199) *C.E.*, 5 novembre 1931 Véra 953, cf. *C.E.*, 22 décembre 1936, veuve Aspard 1144 : suicide d'un hospitalisé dû à un défaut de surveillance.

(200) Pour la police judiciaire, v. *infra*, p. 342 et s., p. 357 et s.

(201) *C.R.*, 19 mars 1863 Castangt 263, 11 mai 1872 Dudonet 297, 20 décembre 1872 Agroles 751, 7 mars 1873 Ducros 226, 19 juin 1874 Haiguerelle 594, 29 ocotbre 1930 Pholip. 873.

(202) *C.E.*, 26 octobre 1917 Laitron 689.

Cette inaction de la police peut d'ailleurs être palliée par l'action obligatoire en certains cas, des simples particuliers (203), qui est plus sévèrement — parce que pénalement — sanctionnés, puisque ainsi que nous l'avons vu, le refus d'action de la police n'est répréhensible que si l'ordre public est atteint, alors que l'inertie des simples particuliers est punissable du seul fait de l'urgence des secours à aporter (204).

Il y a là certainement une expression des obligations individuelles dérivant du fait — ou du principe — de la solidarité sociale. Ce serait une charge très lourde pour les simples particuliers, si s'était maintenue la vieille jurisprudence du Conseil d'Etat qui n'admettait pas que l'abstention policière fut susceptible d'engager la responsabilité de l'Administration.

Par l'arrêt Lepreux (205), le Conseil d'Etat avait, en effet, refusé toute indemnisation destinée à réparer un accident de tir, alors que le requérant alléguait une faute de surveillance de la police. S'il convient, ainsi que le faisait remarquer le Commissaire du Gouvernement Rivet, de ne pas énerver l'action de la police par des menaces permanentes de complications contentieuses (206), les services de police n'en sont pas moins des services administratifs, dont l'inaction, camme celle de tout autre service, doit pouvoir engager la responsabilité de l'Administration. Aussi, n'est-il pas étonnant que la jurisprudence du Conseil d'Etat ait opéré un revirement total et qu'elle sanctionne en de très nombreuses occasions, tout en maintenant fermement le principe que, sur ce point, il n'y a pas de responsabilité sans faute (207), l'abstentionnisme policier.

Sont à ce titre indemnisables :

— les accidents survenus au cours de fêtes locales, par suite d'un manque de précautions ou d'une surveillance insuffisante des autorités municipales (208) ;

— les accidents dus au fait d'animaux échappés d'abattoirs, par suite d'une négligence du service des abattoirs ou parce que une commune n'avait pas pris les mesures indispensables pour éviter la divagation des animaux (209) ;

— les dommages causés par la mauvaise organisation de représentations théâtrales ou cinématographiques, l'Administration n'ayant pas pris les précautions nécessaires en vue de ces représentations ou ne s'étant assuré, ni des garanties techniques présentées par les organisateurs, ni de l'observation par ces derniers des prescriptions règlementaires (210) ;

---

(203) Cf. art. 106 *C.I.C.* 475 12° *C.P.* (Vel. Durand, *R.D.P.*, 1905-43 et s.) *L.*, 25 octobre 1941 (*D.C.* 1942-34 commentaire Donnedieu de Vabres) modifiant art. 63, al. 2, *C.P.* Tunc : « Les particuliers au service de l'ordre public », n° 15 et s. Ordonnance du 25 juin 1945 modifiant la loi précédente (*D.* 46-1-37 commentaire Tunc).

(204) Riom 20 mars 1947. Trib. correct. Aix 27 mars 1947, *D.*, 47 J. 304.

(205) *C.E.*, 13 janvier 1899, *S.*, 1900-3-1.

(206) Conclusions pour *C.E.*, 13 mars 1925. Clef. *R.D.P.* 1925-274.

(207) *C.E.*, 30 octobre 1931 Vidonne 936, 7 septembre 1945 Soc. Worms et C° 183.

(208) *C.E.*, 23 juin 1916 Thevenet, *R.D.P.*, 1916 n. Jèze, p. 378, 26 juillet 1918 Lemonnier *R.D.P.*, 1919-41, 1er août 1919 Renaudie *D.*, 1920-3-1 n. Appleton, 20 mars 1928 Chauveau 352, 10 avril 1930 Kimbler 434, 26 novembre 1931 Brisset 1034, 16 janvier 1935 Cantemerle 60, 22 janvier 1936 Epouse Vallon 100, 29 janvier 1936, Le Caillon 138.

(209) C.E., 8 mars 1929 Masqueret, 29 décembre 1944 Ville de Lyon, 334.

(210) C.E., 25 juillet 1929 Dame Coste 869, 28 février 1941 Commune de Cadours 25.

— l'accident survenu au cours d'une fête de gymnastique, ses conséquences ayant été aggravées du fait qu'aucun service de secours n'avait été organisé à proximité du lieu des exercices (211) ;
— le dommage causé par le propriétaire d'un taxi dont l'Administration avait négligé, contrairement aux règlements, de s'assurer s'il était titulaire d'une police d'assurance (212) ;
— le dommage provenant du décès d'une victime d'une rixe laissés sans soins au poste de police, malgré la gravité de son état (213) ;
— l'accident provenant de l'explosion d'un engin, l'Administration ayant négligé de faire rechercher les engins non explosés et d'avertir la population du danger (214) ;
— le préjudice subi par la soustraction frauduleuse d'un diamant, facilitée par la négligence des policiers qui ne conduisirent pas immédiatement au commissariat de police un individu par eux interpellé, et porteur d'un diamant qu'il était en train d'acheter (215) ;
— les dommages causés par des condamnés dont l'évasion n'avait été rendue possible que par suite d'un défaut de surveillance des autorités pénitentiaires (216).

Enfin, on doit signaler que l'abstention de la police peut parfois la rendre complice des délits qu'elle est normalement chargée de prévenir : l'abstention du policier qui laisse faire un de ses camarades en train de voler dans un hangar, constitue non pas une faute d'abstention, mais une complicité (217).

3° *Les retards :*

La responsabilité pour lenteur administrative est une conquête relativement récente de la théorie de la faute de service. Ceci impose donc à l'Administration, même si elle n'y est obligée par aucun délai préfix, d'agir diligemment. Ainsi que l'a constaté le doyen Duez (218), en sanctionnant ainsi l'inertie et la passivité de l'Administration, la jurisprudence du Conseil d'Etat double heureusement les effets de la règle de la décision implicite de rejet — et ajouterons-nous — la corrige et la complète, dans la mesure où, ainsi que nous l'avons exposé, le silence de quatre mois ne peut être, en tant que tel, ni présumé, ni déclaré fautif.

Il semble que les premiers arrêts sur la question soient l'arrêt Louis (219), où le Conseil d'Etat refusa de sanctionner un retard dans la délivrance d'un alignement, motif pris de ce qu'il n'était pas abusif, et l'arrêt Dame veuve Sureau (220), où le Tribunal des conflits estima que le fait, pour un facteur, d'avoir remis un télégramme en retard, en le portant par erreur dans une maison où le destinataire était inconnu, n'était pas une faute personnelle,

---

(211) *C.E.*, 20 avril 1934, Lorain 464.
(212) *C.E.*, 13 février 1942 Ville de Dôle, *D.A.*, 1942-J.-130.
(213) *C.E.*, 23 mai 1928, Minereau 682.
(214) *C.E.*, 1er juillet 1936, Lacour 717.
(215) *C.E.*, 19 janvier 1945 Comptoir des Précieux 21.
(216) *C.E.*, 4 janvier 1918 Zulemaro (1re espèce). Duchesne (2me espèce), 10.
(217) Trib. corr. Aix, 14 janvier 1947. *D.*, 1947. Somm. 19.
(218) *Op. cit.*, p. 35. « Le fonctionnement tardif des services publics ». *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1925, p. 588-596.
(219) *C.E.*, 3 mai 1893, *R.G.A.*, 1894-2-186.
(220) *T.C.*, 24 février 1906, *R.*, p. 196.

mais une faute de service dont les autorités judiciaires ne pouvaient connaître.

Dans un arrêt Baes (221), le Conseil d'Etat reconnaissait déjà implicitement la possibilité d'une responsabilité administrative, puisqu'il avait soin de signaler que l'Administration ayant fait toute diligence pour assurer une solution rapide, aucune faute ne pouvait être relevée à son encontre. Il fit de même dans l'affaire Gaillard (222), où il déclara de façon très précise que la lenteur du service, loin de constituer une faute, n'était que l'accomplissement du devoir fonctionnel bien compris.

Depuis ces arrêts, la jurisprudence s'est considérablement développée et a considéré qu'il y avait eu retard fautif dans les espèces suivantes :

— retard apporté par une commune à entretenir un chemin vicinal, dont le mauvais état constituait une gêne pour les riverains (223) ;
— un chien ayant été mis en faurrière, est fautif le retard mis par le service auquel s'était adressé son propriétaire, à transmettre sa réclamation à la fourrière (224) ;
— maintien prolongé et injustifié du requérant dans un groupe spécial militaire (225) ;
— lenteur dans le rapatriement d'un malade hospitalisé aux colonies (226) ;
— retard dans le paiement d'une indemnité de réquisition (227) ;
— retard dans la délivrance d'un alignement (228) ;
— arrivée tardive sur les lieux, du service des pompiers (229) ;
— retard dans la remise d'un certificat de viabilité (230) ;
— décision tardive de libération d'un mineur engagé dans la Légion Etrangère sans le consentement paternel, et parvenue après la mort du jeune homme (231) ;
— retard d'un Conseil municipal dans la décision à prendre au sujet de l'exécution dans la commune du plan d'extension, d'aménagement et d'embellissement (232) ;
— retard de l'Administration des Beaux-Arts à entreprendre des travaux sur un monument historique : l'écoulement de la toiture avait causé un préjudice aux commerçants et habitants du quartier, par suite de l'interdiction d'accès aux rues avoisinantes (233) ;
— retard à statuer imputable à un conseil de discipline (234) ;
— retard dans la délivrance d'un titre de pension (235).

---

(211) *C.E.*, 8 juin 1917. *R.*, p. 455.
(222) *C.E.*, 26 avril 1918. *S.*, 1920-3-49 n. Hauriou.
(223) *C.E.*, 8 mai 1936. Commune de Signy-Signets 515.
(224) *C.E.*, 25 novembre 1921 Malou-Dupré 975.
(225) *C.E.*, 25 juin 1924 Poirey, *D.H.*, 1924-687.
(226) *C.E.*, 26 décembre 1945 Delahaye. *J.C.P.*, 1946-IV-39.
(227) *C.E.*, 18 mai 1945 C° Industrielle des transports automobiles des Charentes, *S.*, 1945-3-60.
(228) *C.E.*, 4 juillet 1884 Harlingue 578, 28 juin 1912 D^lle Manrot. *S.*, 1913-3-121 n. Hauriou, 23 mars 1923 Epoux Buffard 283.
(229) *C.E.*, 12 février 1947 Minvielle 60.
(230) *C.E.*, 22 juillet 1938 Dame Morali 715.
(231) *C.E.*, 18 juillet 1919, Brunet, *D.*, 1920-3-7 n. Appleton.
(232) *C.E.*, 5 juillet 1935 Ville de Perpignan 777.
(233) *C.E.*, 13 février 1942, Ville de Sarlat, *R.D.P.*, 1943, p. 349, concl. Léonard, n. Bonnard.
(234) *C.E.*, 29 juillet 1932, Lienard 821.
(235) *C.E.*, 5 juillet 1935 Mourton, D.H., 1935-497 (retard de 10 ans).

Il faut enfin signaler, pour être tout à fait complet, qu'une abstention pure et simple et un retard peuvent parfois co-exister. C'est ainsi que le Conseil d'Etat a relevé à l'encontre de l'Administration, à la fois une faute pour abstention et pour retard dans les cas suivants :

— affaire Masqueret (236) : les dommages causés par un bœuf échappé de l'abattoir, provenaient de ce que la porte de l'abattoir avait été fermée tardivement et du défaut de mesures pour éviter la divagation des animaux ;

— affaire Zulémaro (237) : le crime d'un évadé n'avait été rendu possible que par suite du défaut de surveillance des autorités et de leur lenteur à opérer des recherches.

Il arrive aussi que le mauvais fonctionnement et le retard dans le fonctionnement soient conjugués. De l'arrêt Minvielle (238), il ressort, en effet, que non seulement les pompiers étaient arrivés tardivement, mais que le dommage avait été aussi provoqué par des fausse manœuvres et le mauvais état du matériel. Quant à l'arrêt Barneyrat (239), il révèle les trois fautes de l'Administration : rejet injustifié d'une demande en sursis de paiement d'impôt, saisie brutalement poursuivie par l'Administration et enfin, retard apporté à la main-levée de cette saisie.

§ 2. — *L'appréciation de la gravité de l'abstention* (240).

Nous venons de voir dans quelles hypothèses la faute d'abstention est susceptible d'engager la responsabilité de l'Administration. Mais il ne faut pas croire que cette responsabilité puisse être engagée par une quelconque abstention.

Il faut tout d'abord que cette faute d'abstention présente un certain degré de gravité. La jurisprudence administrative, sur ce point, n'a fait qu'appliquer les directives du Commissaire du Gouvernement Romieu, posées dans ses conclusions rendues à propos de l'affaire Tomaso-Gréco. « Toute erreur, toute négligence, toute irrégularité (même de nature à motiver une annulation pour excès de pouvoir) n'entrainera pas nécessairement la responsabilité pécuniaire de la personne publique. Il appartient au juge de déterminer, dans chaque espèce, s'il y a une faute caractérisée du service, de nature à engager sa responsabilité et de tenir compte, à cet effet, tout à la fois de la nature de ce service, des difficultés qu'il comporte, de la part d'initiative et de liberté dont il a besoin en même temps que de la nature des droits individuels intéressés, de leur importance, du degré de gêne qu'ils sont tenus de supporter, de la protection plus ou moins grande qu'ils méritent, et de la gravité de l'atteinte dont ils sont l'objet ».

Il est, en effet, des services qui, de par leur nature, en raison de la gravité de leurs interventions subordonnées à des conditions délicates à apprécier, sont amenés à causer fréquemment des domages. Tels sont les services de police. On comprend dès lors l'insistance avec laquelle le Conseil d'Etat relève que l'abstention a consisté en une faute lourde. Dans tous les arrêts que nous avons précédemment mentionnés, on peut constater que les

---

(236) V. p. 322 n. 209.
(237) V. p. 323, n. 216.
(238) V. p. 324, n. 229.
(239) *C.E.*, 21 juin 1935, *S.*, 1935-3-89.
(240) V. n. Charlier au *S.*, 1945-3-21.

Commissaires du Gouvernement et le Conseil d'Etat ont toujours expressément affirmé que les abstentions des services de police administrative n'étaient répréhensibles qui si elles s'analysaient en fautes lourdes (241).

Par contre, dès l'instant où la faute lourde ne peut être aperçue, la responsabilité disparaît. Qu'un accident mortel ait été commis par un lionceau tenu en laisse ou par une panthère échappée d'une ménagerie, cela n'établit pas par cela seul la responsabilité de la police qui ne peut être partout à la fois (242).

La garde des aliénés dans les asiles est elle aussi un service public particulièrement délicat. Le défaut de surveillance n'oblige l'Administration à réparer le dommage que si le juge relève une «faute manifeste et de particulière gravité» (243), formule qui est aussi celle qui constate la responsabilité des services administratifs hospitaliers (244) et des services pénitentiaires (245). Mais il semble que cette faute soit un degré au-dessous de la faute lourde. Un arrêt du Conseil d'Etat vient, en effet, de faire une distinction subtile entre la responsabilité des services médicaux et celle des services administratifs, dans les asiles et hôpitaux : la première ne serait entraînée que par une faute lourde et la seconde par cette faute « manifeste et d'une particulière gravité ». N'est-ce pas là seulement une querelle de mots ? Il semble que telle n'a pas été l'intention du Commissaire du Gouvernement qui, dans ses conclusions, a fait remarquer que le service des aliénés ne poursuivait pas qu'un but policier, mais aussi un but médical et, qu'à ce titre, sa responsabilité devait être semblable à celle des hôpitaux, et par conséquent comporter une distinction entre responsabilité médicale et responsabilité administrative (246).

Il est, par contre, des services dont le Conseil d'Etat considère que la responsabilité est engagée par une faute simple. Il s'agit, en particulier, des services de nature économique (247). Le Conseil d'Etat vient d'appliquer sa jurisprudence aux services du ravitaillement : il n'est, en effet, relevé qu'une simple négligence à l'encontre de ces services qui ont laissé pourrir une récolte de châtaignes en ne procédant pas à son enlèvement (248) ou qui n'ont pas averti un commerçant de l'arrivée d'un wagon de choux, qui, après avoir été refusé par un premier destinataire, avait été attribué à un second qui n'avait fait aucune commande et qui se trouva devant un stock de légumes en pleine décomposition ; l'expéditeur des choux qui ne fut pas payé par le destinataire, se retourna alors contre l'Etat, et le Conseil d'Etat lui accorda une indemnité (249). La Haute juridiction parle uniquement de

---

(241) V. un arrêt récent : *C.E.*, 9 février 1940, *S.*, 1941, *Tables* p. 71,col. 1, n. 4 : négligence grave du Maire qui a laissé inhumer dans un caveau le corps d'une personne étrangère à la famille.

(242) *C.E.*, 1er mai 1925 Coulon 418, 17 mars 1932 Vve Munier 739.

(243) *C.E.*, 27 octobre dame Guillaumis 974, 29 janvier 1936 Consort Chatry 139, 2 décembre 1936 Vve Brun. *Conseil du Contentieux administratif de Madagascar*, 27 décembre 1943. *Recueil Penant*, 1945-1-76 n. de Soto.

(244) *C.E.*, 20 janvier 1937, Guillet 79.

(245) Arrêts Zulemaro et Duchesne précités, cf. *C.E.*, 11 mars 1921, *S.*, 1922-3-292 (surveillance des détenus par l'autorité militaire).

(246) *C.E.*, 19 janvier 1945 Prat, *D.*, 1946 J. 39 concl. Lefas.

(247) *C.E.*, 6 décembre 1935 Van Clef et Arpels, *S.*, 1936-3-28, 26 février 1947, Les Nouvelles Galeries.

(248) *C.E.*, 14 février 1945, Jourdan-Dor, 33.

(249) *C.E.*, 5 décembre 1947 Ruel, *S.*, 1984-3-6 n. M.L.

« faute de nature à engager la responsabilité de l'Etat » en raison des « circonstances de l'espèce ».

Car, le Conseil d'Stat apprécie les circonstances dans lesquelles s'est produite l'abstention que l'on incrimine, compte-tenu des possibilités propres à chaque service.

C'est ainsi que, si un retard dans l'exécution du service peut être fautif, il ne l'est vraiment que s'il a été abusif (250). L'Administration peut justifier, par exemple, de l'improvisation du service et de l'inaptitude d'un personnel nouvellement engagé (251).

Si l'on peut reprocher à l'Administration de n'avoir pas pris suffisamment de précautions lors d'une opération dangereuse (252), on ne peut par contre reprocher aux services de surveillance à la frontière pyrénéenne, lors de l'exode espagnole de 1939, de n'avoir pas fouillé tous les convois et de n'avoir opéré un désarmement total des réfugiés (253).

La responsabilité de l'Administration pénitentiaire disparaît lorsqu'il est prouvé que le crime commis par un forçat évadé l'a été le jour même de son évasion : on ne peut décemment lui reprocher d'avoir tarder à opérer des recherches (254).

S'il résulte des circonstances qu'un singe n'a pu s'échapper d'une cage du zoo de Vincennes et mordre un promeneur, que par suite du mauvais état de la cage, connu comme tel et auquel il n'avait pas été remédié (255), il est d'autres cas où il résulte aussi des circonstances (et le Conseil d'Etat emploie souvent cette formule (256), que l'abstention n'a pas été fautive : on ne peut, en effet, rendre l'Administration responsable de n'avoir pas vérifié si un transporteur public était assuré, alors que celui-ci n'avait pas souscrit la déclaration obligatoire et, qu'à ce titre, il était inconnu de l'Administration (257).

Par contre, la responsabilité de l'Administration est engagée s'il est prouvé qu'ayant été averti des dangers que présentait une situation, elle n'a pas pris les mesures nécessaires pour les prévenir (258).

La jurisprudence relative à l'inexécution des travaux publics est une illustration constante de cette démarche du juge qui apprécie toujours la faute « in concreto ». Possibilités matérielles

---

(250) *C.E.*, 21 avril 1943 Coffier 108. Le Conseil d'Etat apprécie parfois lui-même la longueur des délais : c'est ainsi que dans l'arrêt Ville de Sarlat il a estimé que le délai d'exécution des travaux n'aurait pas dû dépasser quatre mois.

(251) *C.E.*, 26 mars 1926, R...

(252) *C.E.*, 11 mai 1881 Lonciaux.

(253) *C.E.*, 24 janvier 1947 Veuve Gazeilles, *D.*, 1947 Somm. 13.

(254) *C.E.*, 4 janvier 1918 Duchesne, *R.D.P.*, 1918-401 n. Jèze.

(255) *C.E.*, 11 mars 1938 Corbière 266.

(256) *C.E.*, 21 juin 1944 Dlle Bonnichon 179.

(257) *C.E.*, 16 novembre 1939 Meslot 564.

(258) Arrêt Garcin précité. Cf. *C.E.*, 25 avril 1941 Maurel *D.A.*, 1941. *S.*, 363 : faute lourde du Maire qui n'a pas pris les mesures nécessaires, bien qu'averti du danger, pour prescrire la démolition d'un édifice menaçant ruine, alors même que, par suite de l'absence du propriétaire, le Maire était dans l'impossibilité d'engager la procédure prévue par l'article 4 de la loi de 1898.

du service, situation de la victime par rapport au service (259), circonstances de temps et de lieu, permettant dans chaque cas au juge de « mesurer » la responsabilité de l'Administration. Nous étant déjà fort longuement étendu sur ce sujet (260), nous ne croyons pas utile d'y revenir.

Il nous suffira de conclure brièvement : la faute d'abstention, comme toute faute de service apparaît essentielelment comme le manquement, non à une obligation de faire, c'est-à-dire à une obligation de résultat, mais à une obligation de diligence, c'est-à-dire à une obligation de moyens. Les administrés ne peuvent donc incriminer que le manquement à un certain degré de vigilance, et doivent savoir qu'ils peuvent seulement attendre, non pas une exécution parfaite, mais une exécution convenable du service public.

Sous-Section 2. — L'abstention et la théorie du risque

Il n'est aujourd'hui plus besoin de démonter l'existence et l'importance de la théorie du risque pour la mise en jeu de la responsabilité administrative. Mais il est aussi inutile d'exposer longuement son caractère complémentaire. L'application de cette théorie reste, en effet, exceptionnelle parce qu'elle est faite pour réparer des dommages exceptionnels.

Le système, on le sait, est exclusif de toute idée de faute, soit de faute de service, soit de faute personnelle d'un fonctionnaire. Il suffit au requérant d'établir un lien matériel de cause à effet entre l'action ou l'inaction de l'Administration et le préjudice exceptionnel qu'il a subi.

Le passage de la responsabilité pour faute d'abstention à la responsabilité pour risque créé par une abstention, implique non pas tellement une différence de nature entre deux sortes d'abstention, qu'une différence de degré constatée par la différence de gravité des effets des diverses obstentions.

Le cas le plus typique de l'application de la théorie du risque pour abstention administrative, nous est fourni par l'arrêt Couitéas et la jurisprudence relative à l'inexécution des décisions de justice qui s'en est suivi (261).

En cette hypothèse, l'abstention de l'Administration n'est pas fautive, puisque mieux que légale, elle apparaît comme justifiée. On ne peut reprocher, en effet, à l'Administration de refuser de procéder et de n'avoir pas procédé à l'exécution d'une décision de justice, lorsque celle-ci aurait pour effet de troubler gravement l'ordre public que l'Administration a le devoir d'assurer et qu'elle ne peut encore contribuer à troubler.

Cependant, une indemnité est accordée aux bénéficiaires d'une décision de justice si l'abstention de l'Administration excède une certaine durée, parce qu'une abstention aussi longue procure une suspension anormale de la décision de justice, le requérant ne

---

(259) En matière de faute de service public, cf. *C.E.*, 28 janvier 1881 Sarlandie 112, 30 mai 1884 Valette 446, 4 juillet 1884 Harlingue 578, 25 janvier 1935 Ville de Reims 112, 5 juillet 1935 Ville de Perpignan, D., 1936-3-41 n. Monsarrat : le retard ne peut être imputé à l'Administration, si l'administré n'a pas fait diligence pour qu'il soit statué sur ses demandes, ou s'il a modifié ses plans (en matière de demande d'alignement) de façon telle que l'Administration a été obligée de faire de nouvelles études.

(260) V. *supra*, p. 267 et s.

(261) V. *supra*, p. 216.

sachant jamais si les pouvoirs publics reviendront un jour ou l'autre sur leur décision, parce qu'en soi, le préjudice subi par pareille inexécution est anormal, le bénéficiaire d'une décision de justice ayant, en principe, droit à cette exécution.

Mais que signifie cette notion d'anormal ? A un strict point de vue juridique, anormal signifie ce qui est contraire à la norme, à la règle de droit : c'est en ce sens que le préjudice est anormal, puisque la règle est l'exécution obligatoire des décisions de justice par l'Administration lorsqu'il est fait appel à son concours. Mais ce caractère n'est pas suffisant : on sait que le préjudice doit être spécial, en ce sens que l'abstention administrative, qui est supportée par tous, ne peut être considérée comme préjudiciable à chacun. Cela ne rappelle-t-il pas l'exigence formulée en matière de faute de service, où l'on ne peut se prévaloir que d'un préjudice personnel ?

Normal a aussi une signification psychologique : est en soi anormale aux yeux du titulaire d'une décision de justice, l'inexécution de celle-ci, même justifiée par l'intérêt supérieur de l'ordre public, parce que son droit à l'exécution d'un jugement est un droit qui reste toujours normal. La théorie du risque paraît donc utilisée lorsque le juge administratif ne veut pas censurer en tant que telle l'abstention de l'Administration, mais pense que l'équité, l'opinion publique, et le requérant doivent recevoir satisfaction par l'allocation d'une indemnité destinée non à sanctionner l'abstention, mais à réparer ses effets qui ont paru particulièrement choquants, parce que en dehorts de la normale.

Dans ses conclusions relatives à l'arrêt Regnault-Desroziers (262), qui consacra le principe de la personnalité pour risque exceptionnel de voisinage, le Commissaire du Gouvernement fit observer que l'explosion du Fort de la Double Couronne, n'avait été rendue possible que par les négligences et imprudences de l'autorité militaire qui n'avait pas atteint la diligence moyenne que l'on pouvait attendre d'elle, même en temps de guerre. C'était ainsi résoudre le problème par application de la théorie de la faute de service.

Le Conseil d'Etat cependant, bien que n'y ayant pas été invité par aucune des parties en présence, affirma la doctrine du risque, considérant « que ces opérations effectuées dans des conditions d'organisation sommaire, sous l'empire des nécessités comportaient des risques excédant les limites de ceux qui résultent normalement du voisinage et que de tels risques étaient de nature, en cas d'accident survenu en dehors de tout fait de guerre, à engager, indépendamment de toute faute, la responsabilité de l'Etat ».

Le Conseil d'Etat a préféré avoir recours à la théorie du risque, en considération de la gravité exceptionnelle du préjudice subi. Si bien que ce qui est surtout retenu, ce sont les conséquences, les effets d'une abstention.

La législation a parfois consacré un glissement de la responsabilité pour faute à la responsabilité pour risque, et même l'interpénétration des deux systèmes de responsabilité.

Un excellent exemple nous est fourni par le régime de la responsabilité des communes en cas de troubles et d'émeute. Sous

---

(262) *C.E.*, 28 mars 1919, *R.D.P.*, 1919-239, *S.*, 1919-3-25 n. Hauriou.

l'empire des lois des 23 et 25 février 1790 et de la loi du 10 Vendémiaire An IV, ce n'était pas la commune qui était responsable en tant que personne administrative, mais la collectivité de ses habitants, ainsi punis pour n'avoir pas su faire régner l'ordre parmi eux. Il reste quelque chose de l'esprit qui avait animé ces dispositions dans la loi municipale de 1884, dont les articles 106 et suivants établirent un régime assez spécial, fondant la responsabilité sur la faute, puisque la commune pouvait s'exonérer en prouvant qu'elle avait pris toutes les mesures en son pouvoir, et permettant en même temps à la commune de faire payer le dommage par tous les habitants au moyen d'un rôle spécial. Il y avait donc dans ce système interpénétration des notions de faute et de solidarité (263). La conséquence curieuse était que, si la victime des troubles habitait dans la commune, elle devait, elle aussi, contribuer à la réparation de son propre dommage (264). Et si la victime était le Maire de la commune, il avait l'obligation d'établir que la commune n'était pas en faute, position incompatible avec sa situation de réclamant (265).

Ce système imparfait et fort critiqué (266) fut profondément transformé par la loi du 16 avril 1914, qui cependant associa la responsabilité pour faute et la responsabilité pour risque. Si, en effet, c'est au nom du « risque social » que la commune et l'Etat (267) contribuent (ce dernier seulement pour moitié) à la réparation du préjudice, l'idée de faute réapparaît dans les rapports entre l'Etat et la commune, puisque l'Etat a le droit de lui faire supporter 60 % de la part de la responsabilité mise à sa charge, s'il est établi que les troubles n'ont pu se développer que grâce à l'inertie de la commune ou à sa connivence avec les émeutiers. En outre, la vieille idée de faute présumée des habitants demeure toujours sous-jacente, améliorée cependant, l'indemnité étant, en effet, encore prélevée sur eux, mais en tant que contribuables, et non en tant que « domiciliés », en vertu d'un rôle spécial d'imposition extraordinaire : toutefois, si la victime est contribuable, elle ne participe plus à la contribution.

Cette loi accueillie avec défiance par les socialistes, fut au contraire bien jugée par les milieux industriels et commerciaux, qui y voyaient une arme efficace contre les faits de grève (268).

Mais leurs espoirs ont été déçus en 1936, lors des grèves avec occupation d'usines. Car il s'est souvent avéré impossible de sanctionner le refus des autorités de police de faire évacuer les usines, par la voie de l'article 106 de la loi municipale ainsi modifiée en 1914. Ce texte établit, en effet, un régime exceptionnel, dérogatoire au droit commun de la responsabilité. En premier lieu, en effet, le contentieux est réservé — on ne sait trop

---

(263) Cf. Michoud : « De la responsabilité des Communes à raison des fautes de leurs agents », *R.D.P.*, 1897, T. 7, p. 41 et s.

(264) *C.E.*, 23 décembre 1910 Commune d'Armentières 992, concl. Blum.

(265) Req. 31 mars 1910, cité par Duez, *op. cit.*, p. 287.

(266) V. Rolland : « La responsabilité des Communes en cas de troubles, R.D.P., 1913, p. 50 et « La loi du 16 avril 1914 sur la responsabilité des Communes en cas de troubles », R.D.P., 1914, p. 350.

(267) Mais cela ne peut être entendu comme donnant une action directe contre l'Etat seul : Cv. 6 novembre 1946. *D.*, 1947 J. 50, Paris 16 avril 1945, *D.*, 1946 J. 9.

(268) *J.O.*, 1914. Débats Parlementaires, p. 118.

pourquoi d'ailleurs (269) — au juge judiciaire (270). Ensuite et surtout, cette responsabilité ne peut être mise en œuvre que si certaines conditions sont réunies :

— le dommage doit résulter de faits qualifiés crimes ou délits ;

— le délit ou le crime doit avoir été commis à force ouverte ou par violence : or, les occupations d'usines, furent dans l'ensemble passives, l'atteinte à la liberté du travail, ne constituant pas, en tant que telle, une violence (271) ;

— le délit ou le crime doit avoir été commis par un attroupement ou un rassemblement armé ou non armé : après avoir exigé que l'attroupement ait eu lieu en un endroit public (272), la jurisprudence, à juste titre critiquée pour l'introduction d'une condition non prévue par la loi, a changé d'opinion en admettant que des troubles sur un champ de courses (273) ou dans une usine (274) ne s'opposaient pas à l'application de la loi. Enfin, si c'est la violence à caractère collectif qui est ainsi visée, le fait que les auteurs en sont identifiables, n'est pas un obstacle à l'application de la loi (275).

On conçoit dès lors que l'article 108 ne pourra que très rarement sanctionner l'abstention des forces de police en matière d'occupations d'usines. La réunion des conditions que nous venons d'énumérer se rencontre rarement dans ces affaires. Les décisions de justice faisant application de l'article 106, sont en fait relativement peu nombreuses (276), les requérants n'ayant alors d'autres ressources, ainsi que l'a dit le Ministre de l'Intérieur, dans une réponse à une question écrite, que de s'adresser aux Tribunaux administratifs, en invoquant une négligence grave de la police, compte tenu du fait que la police n'était pas chargée d'assurer la sécurité de chacun, mais l'ordre public (277).

La loi de 1914 illustre donc parfaitement cette idée que la théorie du risque intervient essentiellement pour assurer la réparation de dommages exceptionnellement graves.

Mais la théorie du risque est surtout une forme de la mise en jeu de la responsabilité de l'Administration. Il n'est pas dit, en effet, que le fondement même de la responsabilité soit changé. Ne peut-on pas prétendre qu'en tout état de cause l'Administration doit faire tout ce qu'elle peut pour éviter des dommages, la théorie de la faute s'appliquant aux espèces où les dommages étaient normalement évitables, et celle du risque aux espèces ou l'inaction

---

(269) Peut-être y a-t-il là un reste de la vieille théorie selon laquelle la Commune constituerait plutôt une collectivité d'intérêts privés qu'une personne morale publique.

(270) Art. 108 § 4, sur les règles relatives à l'exercice de cette compétence judiciaire, v. Cv. 24 janvier 1944. *D.A.*, 1944-59.

(271) Le Havre, 26 octobre 1937 *G.P.*, 15 décembre 1937, Nancy 2 nov. 1937, *D.H.*, 1939-28, Paris 14 mai 1947, *D.*, 1947 J. 351, Cv. 9 juillet 1944, *D.*, 1946-L-34 : par le de la nécessité de violences collectives à tournure d'émeutes. Trib. cv. Meaux, 5 juin 1946, *J.C.P.*, 1946 (3364 n. A.S. : la contrainte morale exercée par les grévistes ne constitue pas une violence.

(272) Cass. 11 janvier 1926, *D.H.*, 1926-49 Bordeaux, 12 février 1934, *S.*, 1934-2-72. Lille 6 mars 1937, R.D.P., 1937-141.

(273) Cv. 1er avril 1939, *S.*, 1947-1-22 n. Benoit.

(274) Req. 3 août 1943, *S.*, 1947-1-23.

(275) Req. 3 août 1943 précité.

(276) Cf. cependant Lille, 22 novembre 1947. G.P., 1938-1-28. Req. 3 août 1943 précité.

(277) *J.O.*, 10 novembre 1946. Débats Parlementaires, p. 4.758 n. 1262. Il s'agissait spécialement de la sécurité des personnes susceptibles d'être l'objet d'un attentat.

étant régulière ou inévitable, il s'ensuivait nécessairement un dommage exceptionnel ?

La jurisprudence Couitéas illustre cette idée d'une abstention régulière qui se heurtant à un droit tout aussi régulier entraine fatalement un dommage anormal. La jurisprudence Regnault-Desroziers illustre par ailleurs cette idée d'une abstention qu'on ne peut incriminer en tant que telle, le fonctionnement du service étant à même, par lui seul, en raison de certaines circonstances, de provoquer des dommages.

La théorie du risque repose sur l'atteinte portée par une décision ou un acte réguliers au principe de l'égalité de tous devant les charges publiques. Or, nous avons vu qu'il pouvait y avoir faute du service public lorsque l'abstention mettait les administrés dans une situation inégale.

Certes, on a l'habitude de considérer que cette idée d'égalité devant les charges publiques a surtout joué un rôle dans l'élaboration de la théorie jurisprudentielle du risque (278). Mais, n'est-ce pas là le fondement de toute responsabilité ? Le préjudice individuel, ainsi que l'a fait remarquer le doyen Duez (179), du moment que le service fonctionne dans l'intérêt de tous, constitue une charge publique pour la victime : la réparation effectuée à l'aide des sommes obtenues par l'impôt, a dès lors pour effet de faire reposer cette charge sur la collectivité. De telle sorte que la responsabilité de la puissance publique apparaît essentiellement « comme un aspect de la répartition des charges publiques entre les individus ».

Sous-Section 3. — Abstention illégale et abstention fautive

La théorie du risque ayant un rôle important dans la mise en jeu de la responsabilité de l'Administration, à propos de ses abstentions, force est donc de reconnaître que toute abstention ne consiste pas en un manquement à une obligation de faire.

Toutefois, n'en est-il pas autrement lorsqu'il s'agit d'une faute d'abstention ? Au titre de l'article 1142 du Code civil, toute obligation de faire se résout en dommages et intérêts, au cas d'inexécution de la part du débiteur, disposition qui est interprétée en ce sens que l'exécution forcée en nature n'est pas admise quand elle aboutirait à une violence s'exerçant sur la personne physique du débiteur. Retenons seulement le caractère automatique de la transformation en dommages et intérêts d'une obligation de faire au cas d'une inexécution par son débiteur.

En droit public, la loi et les règlements imposent souvent, nous l'avons vu, à l'Administration d'accomplir un acte d'effectuer une prestation au profit des administrés. Son abstention en ce cas constitue une illégalité. Mais constitue-t-elle nécessairement une faute ? Si oui, on pourra affirmer que la notion d'obligation de faire en droit privé est utilisable en droit public (280).

---

(278) Belin *op. cit.*, p. 177.

(279) *Op. cit.*, p. 10, cf. Hauriou : « Les actions en indemnité contre l'Etat », *R.D.P.*, 1896, T. 6, p. 51.

(280) « Reconnaître que le service en n'agissant pas peut commettre une faute, c'est dire que le service était obligé d'agir et qu'il doit réparer pécuniairement les conséquences de son inertie », Duez in *Revue critique de législation*, 1925, p. 588.

Or, il semble bien, ainsi que l'a fait remarquer M. Delbez (281) que, légalité et responsabilité « n'appartiennent pas à la même catégorie conceptuelle ». Lorsqu'il s'agit d'un acte positif de l'Administration, c'est l'évidence même : le juge qui se prononce sur la validité d'un acte, l'envisage en lui-même, abstraction faite de son exécution, alors que la faute de service doit découler d'une exécution défectueuse, un acte illégal n'étant pas lui-même dommageable. Mais, lorsqu'il s'agit d'un acte négatif, d'une abstention, d'un refus d'agir, il paraît au prime abord difficile de séparer les problèmes, puisqu'il n'y a pas eu exécution. En d'autres termes, l'Administration est-elle responsable parce qu'elle décide illégalement de s'abstenir ou bien faut-il qu'il y ait quelque chose, en plus de cette illégalité ?

Pour aboutir à une solution, il nous faudra considérer le problème sous les trois angles suivants :

1° Abstention illégale mais non fautive ;

2° Abstention légale et fautive ;

3° Abstention illégale et fautive.

1° Encore une fois, il faut nous rappeler la thèse du Commissaire du Gouvernement Romieu qui, dans ses conclusions pour l'affaire Tomaso-Gréco, déclarait que « toute erreur, toute négligence, toute irrégularité (*même de nature à motiver une annulation pour excès de pouvoir*) n'entrainera pas nécessairement la responsabilité de la puissance publique ».

Très souvent, une décision administrative est déclarée illégale, sans pour cela entrainer une responsabilité administrative.

Si l'Administration a omis d'observer une formalité, sa décision sera annulée pour illégalité, mais cette omission ne sera pas en elle-même génératrice de responsabilité. Il en a été ainsi jugé par le Conseil d'Etat dans l'arrêt Monpilié : « Considérant que si par sa décision du 23 juin 1916, le Conseil d'Etat a annulé l'arrêté précité, cette annulation qui est uniquement motivée par l'omission des formalités prescrites par l'article 21 de la loi du 15 février 1902 n'a pas, par elle-même, nécessairement pour effet d'engager la responsabilité pécuniaire de la ville de Bordeaux », (282).

Cette jurisprudence ne s'est pas démentie, quelques arrêts récents en apportent la preuve.

Par un arrêt Bour (283), le Conseil d'Etat annule pour méconnaissance de ses attributions, le refus d'un Maire de statuer sur une demande d'allocation de chômage. Mais il décide aussi que cette annulation, provoquée par « l'erreur commise par le Maire sur l'étendue de ses attributions » ne constituait pas « dans les circonstances de l'espèce, une faute de nature à engager la responsabilité de la commune ».

N'est pas également « nonobstant l'illégalité, une faute de

---

(281) « L'excès de pouvoir comme source de responsabilité », *R.D.P.*, 1932, cf. Michoud in R.D.P. 1895, T. 4, p. 259 et 268 et s. Aucoc : « Conférence sur l'Administration et le droit administratif », 2me édit. 1878, T. 1, p. 458. Duguit : « Etude de droit public », T. 1, p. 416-581, T. 2, p. 132-532. Jèze in *R.D.P.*, 1905, p. 105. Jacquelin : « Les principes dominants du contentieux administratif », 1899, p. 230.

(282) *C.E.*, 4 novembre 1921, R., p. 903.

(283) *C.E.*, 1er septembre 1944, R., p. 241.

nature à engager la responsabilité de l'Etat » le refus irrégulier d'inscrire le requérant à un stage (284).

Il ressort aussi de l'arrêt Compagnie Française (285) que l'annulation d'un arrêté préfectoral refusant à un magasin d'ouvrir le dimanche, pour le seul motif que le Préfet, contrairement à l'article 33 du Livre 2 du Code du travail, n'avait pas pris l'avis des Syndicats Patronaux et Ouvriers, ne donne pas en tant que telle, naissance à un droit à des dommages et intérêts. Il n'est pas, en effet, établi que l'obligation imposée au requérant, de donner à son personnel le repos du dimanche, ait compromis le fonctionnement de son magasin et lui ait causé un préjudice appréciable.

Ainsi, toute illégalité n'est pas par elle-même fautive, car elle n'est pas par elle-même dommageable. En outre, il se peut fort bien que le résultat obtenu par un acte illégal, l'eut été aussi par un acte régulier : c'est ce qui ressort de l'arrêt Bour, car si le Maire doit statuer sur les demandes en allocation de chômage, c'est à lui, en définitive, qu'il appartient de décider s'il refuse ou accorde l'allocation.

C'est en vertu des mêmes principes que le Conseil d'Etat n'a pas accordé une indemnité à propos du refus de l'Administration d'autoriser l'ouverture d'une salle de jeu, bien qu'il eut, dans un arrêt précédent, annulé la décision de refus en raison d'une irrégularité de procédure (286) : car, en fin de compte, l'Administration est seule juge de l'opportunité de la décision à prendre.

Dès lors, il semble bien qu'une quelconque illégalité ne puisse engendrer une responsabilité de l'Administration, surtout si celle-ci bénéficie d'un pouvoir discrétionnaire de décision.

Mais la faute génératrice de responsabilité suppose-t-elle toujours une illégalité ?

2° Il y a lieu d'écarter toutes les demandes en dommages et intérêts qui ne seraient pas fondées sur l'illégalité de l'acte, avait affirmé Teissier (287). La jurisprudence a-t-elle confirmé cette opinion ?

Il nous faut tout d'abord éliminer la jurisprudence qui fait application de la théorie du risque en matière d'abstention, spécialement celle qui dérive de l'arrêt Couitéas et qui est relative à l'inexécution des décisions de justice : car, bien que l'abstention soit légale, si une indemnité est accordée dans cette hypothèse, il n'a jamais été parlé d'une faute d'abstention de l'Administration, mais d'une abstention ayant entrainé un préjudice anormal.

En matière d'actes positifs de l'Administration, nous trouvons de curieuses décisions qui, tout en reconnaissant la légalité de l'action des services publics, ne les condamnent pas moins à des dommages et intérêts.

Tels les arrêts Villenave (288) et Marc (289) ou l'on voit une indemnité accordée à des fonctionnaires pourtant régulièrement licenciés et révoqués.

(284) *C.E.*, 17 janvier 1945 Nesmours 13.
(285) *C.E.*, 20 décembre 1946. *S.*, 1947-3-61 n. Malezieux.
(286) *C.E.*, 22 mai 1942 Leca 160, cf. Jèze n. in *R.D.P.*, 1944, p. 63.
(287) De la responsabilité de la puissance publique n° 160.
(288) *C.E.*, 11 décembre 1903. *S.*, 1904-3-121 n. Hauriou.
(289) *C.E.*, 20 juin 1913, R., p. 710.

Tel l'arrêt Compagnie des Mines de Ségurie (290), qui reconnaît un droit à indemnité à un exploitant, auquel cependant l'autorisation d'exploiter avait été régulièrement retirée.

Faut-il déduire de ces arrêts que l'action légale, c'est-à-dire discrétionnaire de l'Administration peut être, en tant que telle, source de responsabilité ? Cela heurte la logique : l'exercice du pouvoir discrétionnaire ne peut pas être comme tel fautif. Sinon, à quoi correspondrait la notion de pouvoir discrétionnaire ?

En observant plus attentivement les arrêts précités, on s'aperçoit que le Conseil d'Etat n'a pas outrepassé ces règles de logique élémentaire. En effet, dans les arrêts Marc et Compagnie des Mines de Ségurie, le Conseil d'Etat a bien précisé que l'indemnité était due en raison de l'exercice défectueux du pouvoir discrétionnaire.

Dans l'arrêt Marc, elle est obtenue « tant en raison de la révocation que du brusque congédiement ». La première partie de la formule porterait à croire qu'une décision légale pourra être fautive ou du moins participer à la faute. Mais dans l'arrêt Compagnie des Mines de Ségurie, le Conseil d'Etat se contente de relever le caractère légal du retrait d'exploitation, et accorde l'indemnité pour cessation brusque de l'entreprise. Ainsi, la décision légale n'apparaît que comme une cause occasionnelle, la cause génératrice de la responsabilité résidant, non dans la décision, mais dans l'exécution défectueuse de celle-ci. N'y a-t-il pas là une application de la théorie de l'abus du droit ? Mais il n'est pas nécessaire de faire appel à cette notion sur laquelle on ne s'entend guère. La notion d'acte détachable que connaît le droit public en d'autres matières, peut ici nous fournir une explication suffisante. La complexité des opérations administratives permet en effet de voir qu'un très grand nombre d'actes concourrent à leur formation, actes qui peuvent être matériellement et intellectuellement séparés. La distinction entre la décision et l'exécution, facile à percevoir lorsque ces opérations ne sont pas le fruit d'une même autorité, c'est encore lorsqu'elles sont l'œuvre d'une même autorité. Révoquer un fonctionnaire, retirer une autorisation d'exploitation, sont des décisions indubitablement légales, si elles sont prises dans les conditions voulues par la loi. Mais celle-ci n'autorise pas l'Administration à les exécuter, dans un esprit de malveillance ou d'indifférence tel, que de ce fait l'administré, non prévenu, les voit fondre sur lui avec une soudaineté très préjudiciable.

La jurisprudence relative aux abstentions légales de l'Administration confirme entièrement la thèse que nous venons d'exposer.

On sait qu'est discrétionnaire le refus de l'autorité de tutelle de procéder à la vente forcée de biens d'une commune, en vue du règlement d'un créancier de celle-ci : par deux arrêts Schlumberger (291). Le Conseil d'Etat s'est refusé à annuler la décision légale de refus et à accorder une indemnité de ce fait.

De même l'Administration étant juge de l'opportunité de la nomination d'un fonctionnaire, un refus de nomination basé sur ces motifs et parfaitement régulier, et ne confère aucun droit à indemnité au candidat évincé (292).

---

(290) *S.*, 1930-3-17 n. Bonnard.
(291) *C.E.*, 26 mai 1937, R., p. 518 et 20 juillet 1938, R., p. 701.
(292) *C.E.*, 7 août 1903 Douriez, *S.*, 1906-3-28, 16 mai 1941 Honorat.

Le refus de contracter est, en principe, également discrétionnaire, et à ce titre n'engendre aucune responsabilité à la charge de l'Administration (293). Cependant, il a été reconnu fautif, si le refus d'approbation de l'autorité compétente a été déterminé par l'intervention du service qui allait contracter (294) ou si l'attitude de l'Administration avait été telle qu'elle avait permis de croire que la conclusion du marché était assurée (295).

Dans de telles hypothèses, ce n'est pas le pouvoir discrétionnaire qui est incriminé, mais son exercice défectueux, révélateur de la mauvaise foi ou de la maladresse de l'Administration.

Cette jurisprudence confirme donc celle qui concerne les actes positifs du pouvoir discrétionnaire. Dans la mesure ou celui-ci est légal, il ne peut être fautif. La faute ne naît qu'à l'occasion de son exercice.

Si donc il est établi fermement que toute abstention légale ne peut être en tant que telle fautive, et que toute abstention illégale n'est pas pour cela même fautive, quel aspect doit donc revêtir l'abstention illégale pour être fautive ?

3° L'illégalité (au sens large) de l'abstention étant une condinion nécessaire de la responsabilité, mais non suffisante, il faut donc chercher par quoi se manifeste spécialement l'illégalité fautive.

On pourrait être tenté de dire qu'il y a faute, dès que sa compétence étant liée, l'Administration ne remplit pas ses obligations. Or, il n'en est rien, le Conseil d'Etat considérant, en effet, d'une part que certaines abstentions légales qui n'ont aucun rapport avec la compétence liée sont fautives, et d'autre part que toute méconnaissance de la compétence liée n'est pas, par cela même, répréhensible.

L'Administration recrute, on le sait, discrétionnairement ses agents, et à ce titre un refus de nomination ne peut engager sa responsabilité. Mais le Conseil d'Etat contrôle cependant les refus fondés sur des motifs de droit erronés (296), ce qui laisse par ailleurs intact le pouvoir discrétionnaire de nomination, puisque l'Administration reste libre de ne pas motiver, et en tout cas, de motiver ultérieurement par des raisons qu'elle apprécie discrétionnairement (intérêt du service, moralité du candidat). Dès lors, une indemnité peut être accordée au candidat évincé, un tel refus étant révélateur d'une erreur grossière d'appréciation de la loi, ou d'un détournement de pouvoir : des dommages et intérêts ont été ainsi accordés à un individu nommé tardivement à un emploi réservé, l'Administration ayant, pendant longtemps, indûment prétendu qu'il n'y avait aucune vacance dans l'emploi qu'il sollicitait (297).

Le détournement du pouvoir qui est une illégalité de nature très spéciale puisqu'il révèle l'intention de l'Administration d'utiliser ses pouvoirs dans un but autre que celui fixé par la loi, soit pour nuire aux administrés, soit pour sauvegarder irrégu-

---

(293) *C.E.*, 17 novembre 1895 Crébessac 424, 14 janvier 1931 Conquy 46, 16 novembre 1939 Bonifacy 562.

(294) *C.E.*, 24 juin 1938 Commune d'Huos, *D.*, 1939-3-25 n. Péty.

(295) *C.E.*, 11 mai 1932, Ministre des Travaux Publics 480.

(296) *C.E.*, 10 mars 1912 abbé Bouteyre 453, 13 juillet 1923 Budon 573.

(297) *C.E.*, 30 mai 1945 Boitard 109.

lièrement les intérêts de l'Administration, est à ce titre toujours générateur de responsabilité.

C'est ainsi qu'un refus de permis de bâtir pour des motifs d'ordre financier a entrainé la responsabilité de la puissance publique (298). Dans le même sens, le Conseil d'Etat a affirmé l'existence d'une pareille responsabilité à l'encontre de l'Administration qui avait tardé, nonobstant les termes de la loi du 3 mai 1921 (art. 1er), à fixer par décret les surtaxes destinées à être payées par les usagers d'un canal d'irrigation qui ne paient pas de redevances fixées annuellement : cela parce que ce retard était dû à la volonté du Ministre de l'Agriculture qui voulait contraindre la Société du canal d'irrigation à vendre le canal à une Société d'arrosants (299).

Nous avons vu que l'omission d'une formalité ne constituait pas, en tant que telle, une illégalité génératrice de responsabilité. Il en est autrement lorsque cette omission a trait à une formalité substantielle. C'est ainsi qu'une indemnité a été accordée à un fonctionnaire révoqué illégalement par une décision qui n'avait pas été précédée de l'avis du Conseil de discipline (300).

Ceci indique bien, ainsi que le faisait remarquer le doyen Duez, que seule une illégalité d'une certaine gravité peut mettre en jeu la responsabilité de l'Administration (301).

Par l'arrêt Société Van Outryve (302), le Conseil d'Etat annula un refus d'application général de la loi, et condamna l'Administration au versement du franc symbolique, étant donné que « l'illégalité ainsi commise engage la responsabilité de l'Etat ». Doit-on conclure que la compétence de l'Administration, étant liée, la responsabilité naît automatiquement de l'abstention illégale ? Cela ne paraît pas avoir été l'intention du Conseil d'Etat qui, dans son arrêt rendu sur recours pour excès de pouvoir, avait fait ressortir les lenteurs et la mauvaise foi de l'Administration.

En outre, sa jurisprudence, relative au refus d'application des lois et règlements à un catégorie d'individus ou à un individu déterminé, fait nettement ressortir que si toute inexécution est illégale, elle n'est fautive que si le refus d'exécution a été systématique. C'est ce qui a été décidé par l'arrêt Chambre Syndicale des Fabricants d'eau gazeuse de Paris (303), rendu sur recours pour excès de pouvoir, où il est parlé de refus systématique de l'Administration d'appliquer les lois en vigueur, formule que l'on retrouve dans des arrêts rendus sur recours en indemnité (304).

La délivrance des alignements est une obligation indiscutable de l'Administration. Or, l'on constate que si parfois le Conseil d'Etat accorde une indemnité pour refus illégal d'alignement (305), très souvent il relève que le refus a été systématique (306). Ne peut-on pas dès lors voir dans cette jurisprudence

---

(298) *C.E.*, 27 juin 1934 Rossaza 737.
(299) *C.E.*, 10 février 1944 Sté Nouvelle du Canal d'irrigation.
(300) *C.E.*, 7 février 1934 Giudicelli 179.
(301) *Op. cit.*, p. 53.
(302) *C.E.*, 6 juillet 1934. *S.*, 1934-3-116.
(303) *C.E.*, 24 mars 1922. *R.D.P.*, 1922, p. 247.
(304) *C.E.*, 5 mars 1915 Bourgeois 63, 21 novembre 1923 Baudet 738, 6 octobre 1944 Sassot 258.
(305) C.E., 7 novembre 1934 Pelalo 1030, 20 février 1935 Vve Dejoie 232.
(306) *C.E.*, 16 novembre 1875 Laumonnier Carriol 936, 30 juillet 1880 Gallian, 1er mars 1895 Souton 202, 3 août 1900 Ville de Paris, 535.

une application de l'idée que, par la voie du recours pour excès de pouvoir, seuls les dommages les moins caractérisés sont réprimés, alors que la responsabilité de l'Administraiton ne peut être mise en cause qu'à propos d'illégalités suffisamment caractérisées ? (307).

La violation par l'Administration de la chose jugée entre des tiers ou à son encontre, est certainement une grave illégalité sanctionnée par le recours pour excès de pouvoir et le recours en indemnité (308). L'abstention illégale suffit donc à engager la responsabilité de l'Administration. Mais c'est parce que, en tant que telle, l'illégalité est suffisamment grave. C'est la portée sociale de l'autorité de la chose jugée qui fait de sa violation une atteinte très sérieuse à la légalité et non son classement dans telle ou telle catégorie d'acte juridique.

Ceci confirme notre thèse que le droit au fonctionnement des services publics administratifs est essentiellement un droit légal et objectif. Si le droit à réparation, né du préjudice subi et de la faute commise, est indubitablement subjectif, il ne va pas jusqu'à faire condamner l'Administration pour n'avoir pas exécuté tel acte précis. Ce sont, en effet, les circonstances qui entourent l'abstention qui peuvent être fautives. Si sur le plan objectif, le pouvoir discrétionnaire peut être sérieusement limité par la loi qui lie la compétence de l'Administration, il retrouve plus de force sur le plan subjectif où ce qui est exigé de l'Administration, c'est d'assurer un service non pas tant légal, que convenable. Ceci explique qu'il peut y avoir responsabilité, alors que l'abstention est légale, qu'elle disparaisse parfois, même si l'abstention est illégale.

La faute d'abstention n'est donc pas le manquement à une obligation de faire, mais à une obligation de diligence.

---

(307) Concl. Teissier, *C.E.*, 12 novembre 1909, Chevallier 865.
(308) V. *supra*, p. 206 et *infra*, p. 410.

CHAPITRE IV

L'INERTIE DES SERVICES PUBLICS JURIDICTIONNELS

S'il est important pour les simples particuliers de voir reconnus leurs droits à obtenir certaines prestations et certains services des autorités administratives et sanctionnés, si besoin est, par une indemnité, l'inertie ou le mauvais vouloir de ces autorités, il est un droit primordial et inhérent à la vie en société qu'ils ont le plus haut intérêt à ne pas voir dénié : celui de se faire rendre justice. Car, ainsi que le disait Portalis « il y avait des juges avant qu'il y ait des lois » (1). Il n'est pas absolument nécessaire que l'Etat assume les services de distribution d'eau, de gaz et d'électricité, les services de transports, le service des Postes, celui de l'état-civil. Il fut un temps où il n'était pas ainsi surchargé. Ce n'est là qu'une question contingente d'organisation, variant avec les besoins et les idées d'une époque. Mais il n'est pas d'Etat dont la fonction essentielle et première n'ait pas été d'assurer la justice à ses sujets. C'est la condition primordiale de l'ordre étatique, dont le maintien et le respect, par la force, ne sont qu'un aspect secondaire.

A l'organisation judiciaire française actuelle, on peut faire des reproches semblables à ceux que nous avons jusqu'ici adressés à l'organisation administrative. La justice va lentement... (2). Mais va-t-elle sûrement ? Les justiciables ont-ils le moyen de contrôler son action et, plus précisément, son inaction ? Car, il n'est pas de pire injustice que de refuser à un individu l'audience du juge.

Or, si l'inertie de l'Administration peut être surveillée par les administrés, les justiciables sont à peu près démunis de tous droits et moyens à l'égard de l'inertie des services juridictionnels.

---

(1) Séance du *C.E.*, 4 Ventôse an XI. *Arch. Parl.*, 2me série, T. IV, p. 15.

(2) Le Conseil d'Etat est ainsi une juridiction si lente, que lorsque par extraordinaire il rend rapidement une décision, les auteurs notent avec satisfaction cette promptitude inhabituelle (n. *J.C.* sous *C.E.* 5 et 26 juillet 1947, *D.*, 1947, *J.*, 31). Non seulement, trop souvent les délais de procédure sont anormalement prolongés par le législateur, mais encore l'Administration s'ingénie-t-elle à les allonger : cela est facile, puisque toute requête au Conseil d'Etat doit être transmise au Ministère intéressé qui, parfois, systématiquement, se garde d'y répondre. Enfin, lorsque le Conseil d'Etat est saisi, il met un temps infini à rendre ses décisions : il a mis neuf ans dans l'affaire Colas (explosion du cuirassé Liberté), huit ans dans l'affaire Lemonnier ; dix et neuf ans dans des affaires de travaux publics (*C.E.*, 13 janvier 1943 Soc. des Messageries laitières, 6-25 janvier 1929 Gaz de Beauvais, *S.*, 1929-3-81). Ces délais ne font que s'allonger démesurément lorsqu'il y a procédure de conflit : l'affaire Institut des Frères de la Doctrine Chrétienne a attendu vingt-trois ans, une solution (cf. Jèze *R.D.P.* 1911, p. 291-192) ; il a fallu neuf ans pour que le Tribunal des Conflits tranche l'affaire Sachet (*R.*,

En effet, l'état de notre droit positif et de notre organisation élastique pose des problèmes complexes de forme et de fond dont les solutions juridiques sont presque toutes défavorables aux simples particuliers.

Sous le vocable « Service judiciaire » on comprend généralement les autorités judiciaires proprement dites, c'est-à-dire les tribunaux civils et répressifs compétents pour rendre les jugements et ordonner les actes d'exécution concernant les personnes et leurs biens. Mais il est des autorités administratives à qui la loi a attribué certaines compétences judiciaires, tels le Ministre de la Justice et les divers officiers de police judiciaire (Préfets exerçant les pouvoirs qu'ils tiennent de l'article 10 du Code d'instruction criminelle, commissaire de police, officiers de gendarmerie, gardes champêtres, maires et adjoints et même consuls à l'étranger).

Par ailleurs, les autorités administratives, non seulement règlementent par voie générale ou individuelle, mais encore accomplissent des actes juridictionnels (décision des Tribunaux administratifs). Et les autorités judiciaires ne se contentent pas de rendre des jugements, mais font aussi des actes qui sont administratifs par leur nature : tels ceux qui ont trait à l'organisation interne du service, telles les mesures d'arrestation, de perquisition, d'apposition des scellés, telles les décisions qui n'ont pas pour objet de trancher un litige entre les particuliers, comme l'homologation de la décision d'un Conseil de famille, la nomination d'un administrateur ad hoc pour les biens d'un mineur... Dans ces dernières hypothèses, le service judiciaire est saisi à la requête d'un individu, tout comme un quelconque service administratif à qui on demande une prestation et non de se prononcer sur un litige.

La complexité de cette organisation et des compétences respectives, l'indétermination conceptuelle des notions d'actes administratifs et juridictionnels, sont telles, que le juge administratif, grâce auquel peut s'opérer le contrôle de l'inertie des autorités administratives, déclare irrecevables toutes requêtes tendant à mettre en cause l'inertie des services publics juridictionnels.

De telle sorte que le Conseil d'Etat, tant sur le plan du recours pour excès de pouvoir que sur celui du recours en indemnité, refuse de connaître toute demande susceptible d'incriminer, non seulement les actes juridictionnels proprement dits, mais encore les actes administratifs au point de vue matériel, émanés soit d'une autorité judiciaire, soit d'une autorité administrative agissant en qualité d'autorité judiciaire.

1945, p. 276), onze ans pour l'affaire époux Cuvilier (*R.*, 1945, p. 277) ; et il faut attendre encore la décision du Tribunal compétent. Ces quelques exemples pris au hasard pourraient être multipliés à l'infini. On imagine aisément le découragement de l'éventuel plaideur désireux d'intenter une action contre le refus d'un Inspecteur d'Académie d'autoriser l'ouverture d'une école libre si le Conseil d'Etat doit mettre plusieurs années à rendre une décision, les élèves ayant durant ce temps pris l'habitude de fréquenter l'école d'Etat.

Mais ces lenteurs peuvent être aussi préjudiciables à l'Administration. En effet, celle-ci doit souvent en définitive payer des dommages et intérêts moratoires presqu'aussi ou plus élevés que les condamnations au principal : dans une affaire Lavie, le principal de la dette se montait à 706.508 fr. et les intérêts moratoires à 683.616 fr. Dans une affaire Faga, le principal n'était que de 10.861 fr. 25, mais les intérêts moratoires atteignirent 589.138 fr. 75 (cf. rapport Caillaux, Ch. des Députés. *Doc. Parl.* Session ordinaire de 1898. Annexe n° 213, p. 1374).

L'impossibilité d'utiliser la voie du recours pour excès de pouvoir, prive ainsi les simples particuliers d'un important moyen de pression. Mais il y a plus : le droit français ignore, d'une façon générale, le principe de la responsabilité de l'Etat, en matière juridictionnelle. Il y a là un problème de fond qui ne doit pas être confondu avec celui que nous venons d'exposer. Aussi, étudierons-nous successivement :

1° L'incompétence du juge administratif à connaître des litiges relatifs au défaut de fonctionnement des services publics juridictionnels ;

2° L'irresponsabilité de l'Etat en matière d'inertie des services publics juridictionnels ;

3° La responsabilité des fonctionnaires de l'ordre judiciaire ;

4° Cas dans lesquels peut être mise en mouvement la prise à partie ;

5° Efficacité de la prise à partie.

SECTION I. — L'INCOMPETENCE DU JUGE ADMINISTRATIF A CONNAITRE DES LITIGES RELATIFS AU DEFAUT DE FONCTIONNEMENT DES SERVICES PUBLICS JURIDICTIONNELS

Sous-Section 1. — La jurisprudence du Conseil d'Etat

§ 1er. — *Recours mettant en cause l'inertie de la justice judiciaire.*

Tant sur le plan de recours pour excès de pouvoir que sur celui de recours en indemnité, le Conseil d'Etat déclare toujours irrecevables les requêtes susceptibles de mettre en cause l'inertie de la justice judiciaire.

En premier lieu, le Conseil d'Etat se refuse à connaître de tous les actes se rattachant à une procédure judiciaire : « Considérant que les actes se rattachant à une procédure judiciaire, ne peuvent être appréciés soit en eux-mêmes, soit dans leurs conséquences par l'autorité administrative » (3), formule que l'on retrouve aussi, libellée de cette façon : » Considérant que... ne peuvent être appréciés... que par l'autorité judiciaire » (4) ; et sur le plan du recours en indemnité : « Considérant que le Conseil d'Etat est incompétent pour connaître d'une action en indemnité fondée sur le mauvais fonctionnement d'un service judiciaire » (5).

C'est ainsi que le recours pour excès de pouvoir ne peut être formé contre les arrêts de la Cour decassation ou les décisions des Conseils de Guerre (6), contre la décision par laquelle le Ministère de la Justice s'est refusé à enjoindre au Procureur Général de dénoncer à la Cour de Cassation, comme contraire à la loi, divers arrêts relatifs à des poursuites sur citations directes (ce que le Garde des Sceaux pouvait faire en vertu de l'article 441 du Code d'instruction criminelle (7), ni contre le refus du Ministre de la Justice de provoquer, en vertu des pouvoirs qu'il détient

---

(3) *C.E.*, 7 mars 1919 Chanron 243, 3 décembre 1924 Payen 970, 12 mars 1930 Veuve Proust 285.
(4) *C.E.*, 11 avril 1924 Cousin 398.
(5) *C.E.*, 23 mars 1927 Peretti 371, 29 juillet 1927 Soc. électrique de Belchamp 863.
(6) *C.E.*, 21 février 1879 Pollet 171, 7 mai 1909-746.
(7) *C.E.*, 17 novembre 1911 Litot 1060.

des articles 443-444 du Code d'instruction criminelle, la revision d'un jugement du Conseil de Guerre (8) ou d'une condamnation pénale (9). Le Conseil d'Etat ne peut donc connaître ni de la validité d'un jugement, ni du refus de provoquer une procédure judiciaire.

En outre, il déclare que les actes relatifs aux mesures préparatoires, à l'instruction judiciaire, ne peuvent donner lieu à aucun recours devant lui. Le refus d'une Commission de contrôle de soins gratuits de communiquer au juge d'instruction une plainte contre le requérant (10), le retard apporté à la levée des scellés, la détention prolongée malgré six non-lieux successifs (11), le refus de faire bénéficier un détenu du régime politique (12), ne peuvent être appréciés par le Conseil d'Etat parce que directement liés à une instruction ou à une procédure judiciaire (13).

Il en est de même à l'égard des mesures d'inexécution des décisions judiciaires. Tel le refus d'un Maire de faire publier et afficher un jugement d'expropriation (14), tel le retard apporté par le Parquet (15) ou un Commissaire de police (16) dans l'exécution d'une décision judiciaire.

Mais les autorités judiciaires accomplissent aussi des actes auxquels il est malaisé de reconnaître le caractère juridictionnel. Chaque fois qu'il ne s'agit pas de trancher un litige, le service judiciaire fait des actes qui, matériellement, peuvent être considérés comme administratifs. Néanmoins, puisqu'ils sont émis par des autorités judiciaires, le Conseil d'Etat se déclare toujours incompétent. Il en a été jugé ainsi à l'égard des mesures relatives à l'organisation interne des Tribunaux (17), à l'égard de l'exercice de la juridiction gracieuse (18), de la surveillance des officiers ministériels par les magistrats (19), des décisions concernant des détenus purgeant leur peine (20). Sur ce dernier point, cependant, il faut faire une distinction : si le Conseil d'Etat ne connaît pas des requêtes des détenus incriminant l'Administration pénitentiaire, celle-ci peut néanmoins voir son inertie engager sa responsabilité à l'égard des tiers (21).

Les questions les plus délicates qui ont été posées au Conseil d'Etat. l'ont été à propos des actes administratifs au sens matériel émanés des autorités administratives, agissant en qualité d'autorités de l'ordre judiciaire. En de nombreuses hypothèses, les autorités administratives accomplissent, en effet, des actes, qui matériellement sont administratifs, mais qui, de par leur objet judiciaire, font échapper ces autorités administratives au contrôle du Conseil d'Etat.

---

(8) *C.E.*, 20 janvier 1922 Bardon 46.
(9) *C.E.*, 8 mars 1933 Brunaux 285, 20 février 1914 Souriaud 239.
(10) *C.E.*, 1er mars 1939 Bezier 130.
(11) Arrêt Chanron précité.
(12) *C.E.*, 1er mars 1939 Tronsoco 130.
(13) Cf. *C.E.*, 28 mars 1936 Larue 404, 31 janvier 1947 Les fils de Fernand Floquet 41.
(14) *C.E.*, 28 février 1936 Gélos.
(15) *C.E.*, 25 janvier 1935 Colas 110.
(16) *C.E.*, 18 décembre 1935 Carné 1206, 11 mai 1934 Soyer 552.
(17) *C.E.*, 5 juillet 1933 Lara 739, 30 novembre 1938 Garrigues 897.
(18) *C.E.*, 31 janvier 1919 Lambertin 116.
(19) *C.E.*, 30 mars 1927 Lefèbvre 415, 22 janvier 1943 Leneveu 18.
(20) *C.E.*, 20 décembre 1918 Foy 1156, 26 janvier 1927 Brochard 99, 6 mars 1935 Brunaux 295.
(21) *C.E.*, 4 janvier 1918 Zulemaro et Duchêne, v. *supra*, p. 323 n. 216.

C'est ainsi que le Garde des Sceaux qui, normalement, comme tous les Ministres est un fonctionnaire de l'ordre administratif, est considéré parfois par le Conseil d'Etat comme agent de l'ordre judiciaire. Cette qualité lui est reconnue lorsqu'il prend des mesures relatives à l'ordre intérieur de la magistrature : son refus de saisir la Cour de Cassation de la protestation d'un magistrat, transféré d'une section à une autre d'une chambre d'un tribunal (22) et son refus de faire siéger à un Tribunal civil un délégué spécial remplaçant un juge de paix, au lieu d'un avoué (23), sont insusceptible de recours contentieux devant le Conseil d'Etat comme constituant des décisions prises par le Garde des Sceaux en sa qualité de Chef de la Magistrature.

Le refus du Ministre de la Justice de donner suite à une plainte contre un avocat, un magistrat ou un officier ministériel (24), de nommer un individu sur la liste des experts près les Tribunaux civils et commerciaux (25), ses circulaires relatives à l'interprétation d'une loi (26) ne sont pas, aux yeux du Conseil d'Etat, des actes administratifs, parce que « le Ministre de la Justice a agi, non comme autorité administrative, mais dans l'exercice de ses attributions de chef de la Magistrature, chargé de veiller au bon fonctionnement de l'organisation judiciaire » (27).

Le Conseil d'Etat repute ainsi actes judiciaires tous actes accomplis par le juge ou par les auxiliaires de la justice quelqu'en soit le contenu.

Il n'y a donc pas de recours contre la décision d'un bureau d'assistance judiciaire (28), ni contre les actes accomplis par des officiers de police judiciaire, tel le refus d'un Maire de faire dresser un procès-verbal de contravention à un règlement sanitaire (29) ou la décision d'un commandant de gendarmerie qui a refusé de relacher, dans les délais impartis, un individu arrêté pour incendie volontaire, ce qui aboutit au suicide du détenu (30) ou le défaut de suite donnée à un rapport d'inspecteur de police, ce qui permit le développement d'un scandale financier par suite du manque de rapidité et de fermeté mis à réprimer des opérations irrégulières (31).

D'une manière générale, tous les actes ayant trait au fonctionnement des services publics judiciaires sont insusceptibles de recours contentieux devant le Conseil d'Etat, qu'ils émanent des officiers de police judiciaire, des Préfets agissant en vertu de l'article 10 du Code d'instruction criminelle (32), des Maires et adjoints en leur qualité d'officiers de police judiciaire ou d'état-civil et comme tels soumis au contrôle des tribunaux judiciai-

---

(22) *C.E.*, 4 août 1913 Magnaud 987.
(23) *C.E.*, 8 décembre 1926 Desmarais 1087.
(24) *C.E.*, 10 février 1927 Violteau, *D.*, 1923-3-39, 14 décembre 1927 Kervégand 1200, 18 décembre 1937 Liébaut 984, 2 novembre 1941 Raux 195, 3 novembre 1943 Vve Gervais d'Aldin, 7 mars 1947 Beckrigh 100.
(25) *C.E.*, 21 juillet 1937 Krief 750.
(26) *C.E.*, 11 mai 1937 Union de la propriété bâtie de France 495.
(27) Arrêt Raux précité.
(28) *C.E.*, 30 mars 1938 Zéphirin 331.
(29) *C.E.*, 18 janvier 1924 Vve Cottarel 61.
(30) *C.E.*, 4 novembre 1942 Vve St-Martin Arrandia 305.
(31) *C.E.*, 29 novembre 1946 (affaire du Crédit Municipal de Bayonne), *R.D.P.*, 1946-777. concl. Aubert Lefas.
(32) *T.C.*, 30 juillet 1873 Pelletier, *S.*, 1874-2-28, 23 mars 1889 Duffeuille, *S.*, 1891-3-32, 25 mars 1899 Usannaz-Joris (1), Michau (2), *S.*, 1891-3-37 et 47.

res (33), des Consuls et Agents diplomatiques à l'étranger, agissant comme juges de l'ordre judiciaire, officiers de l'état-civil ou de police judiciaire (34).

§ 2. — *Recours mettant en cause l'inertie de la justice administrative.*

Le recours pour excès de pouvoir ne peut être utilisé contre les décisions des autorités juridictionnelles administratives. Le Conseil d'Etat ne peut en connaître que par voie d'appel ou de cassation. Il en a été décidé ainsi à l'égard des décisions du Conseil de Révision (35), des juridictions d'assistance (36), de certaines juridictions fiscales (bénéfice de guerre — classement des établissements de luxe), des Tribunaux départementaux et des Cours Régionales des Pensions Militaires, des Tribunaux des dommages de guerre et de la Commission Supérieure d'appel (L. 17 avril 1919 et 31 mai 1921), des Commissions départementales de reconstruction des propriétés foncières dans les régions dévastées par la guerre (L. 4 mars 1919 et D. 10 esptembre 1920), du Conseil Supérieur de l'instruction publique, statuant en appel des décisions des Conseils d'Université...

Toute la question est de savoir si l'on a affaire ou non à un organisme juridictionnel. Nous n'avons pas à nous livrer ici à la recherche délicate du critère distinctif des actes juridictionnels ou administratifs : il nous suffit de noter que le Conseil d'Etat se refuse à censurer par le recours pour excès de pouvoir la décision d'un juge administratif.

En ce qui concerne le recours pour excès de pouvoir contre l'inertie du juge administratif on peut citer une décision récente du Conseil d'Etat déclarant irrecevable la requête fondée sur l'article 3 de la loi du 17 juillet 1900 à l'appui duquel elle demandait au Conseil d'Etat de considérer comme une décision implicite de rejet, le silence gardé pendant quatre mois par un Conseil de Préfecture sur la réclamation dont il avait été saisi (37).

Le contentieux de la responsabilité n'est guère riche. Mais il est tout aussi net. Un arrêt « Société de navigation à vapeur du Lloyd de Trieste » (38) déclara insusceptible de recours juridictionnel les décisions concernant les prises maritimes. « Considérant que le règlement des prises maritimes n'est pas laissé à la libre appréciation de l'autorité administrative, que le Conseil des Prises et le Président de la République en Conseil d'Etat qui en sont chargés, sont appelés à examiner les droits respectifs des intéressés, statuant comme de véritables juridictions et que nonobstant la procédure qui est suivie en raison des intérêts d'ordre diplomatique ou gouvernemental qui peuvent se trouver en jeu, les décisions qui interviennent, soit en première instance, soit en appel, ont le caractère de jugements ».

---

(33) *C.E.*, 8 décembre 1926 Association des Mutilés et réformés, *D.H.* 1927-71.

(34) *C.E.*, 8 janvier 1875, C° Russe de navigation à vapeur d'Odessa, *D.*, 1875-3-116, *T.C.*, 6 avril 1889 Ville de Chateaubriant, 25 avril 1911 Rouzier, précités.

(35) *C.E.*, 25 mai 1900 Porel 356, 30 mai 1919 Marcin 488.

(36) *C.E.*, 14 novembre 1914 dame Vieilledent 1085.

(37) *C.E.*, 19 mars 1943, X..., *D.A.*, 1943, p. 47.

(38) *C.E.*, 14 mars 1924. R. p. 305.

M. Duez estimait que cette jurisprudence serait confirmée le jour où le Conseil d'Etat serait appelé à statuer sur une action en responsabilité (39). Il a vu juste, car par l'arrêt Caujolle (40), le Conseil d'Etat vient de décider que « le dommage dont le requérant demande réparation à l'Etat aurait pour origine la faute imputable à un sur-arbitre qui, ayant désigné le sieur Caujolle comme expert, s'est abstenu de statuer sur la mise des frais d'expertise à la charge de l'une ou de l'autre des parties ; une telle faute ayant été commise dans l'exercice des fonctions juridictionnelles accomplies au nom de la puissance publique, n'est pas de nature à donner ouverture à une action en responsabilité contre l'Etat ».

Ainsi, qu'il s'agisse d'un acte positif ou négatif du juge administratif, le Conseil d'Etat refuse toujours d'en connaître. Il traite donc sur le même pied tous les recours critiquant l'exercice ou le non exercice de la fonction juridictionnelle, tant du fait du juge judiciaire que du juge administratif, se déclarant dans tous les cas incompétent pour en connaître.

Mais si le Conseil d'Etat ne peut apprécier l'administration de la justice, faut-il alors conclure que celle-ci échappe à toute critique contentieuse ? Les Tribunaux de l'Ordre judiciaire, de par leurs fonctions, ne seraient-ils pas bien placés pour en connaître ?

Sous-Section 2. — La Jurisprudence judiciaire

Il est arrivé assez souvent que le Tribunal des conflits, à propos d'actions dirigées contre des officiers d'état civil ou des officiers de police judiciaire, ait indiqué incidemment, que les Tribunaux judiciaires déjà compétents pour statuer sur la faute personnelle des fonctionnaires en question, le seraient également pour statuer sur l'action en responsabilité contre l'Etat, si celle-ci était possible (41). En cela, le Tribunal des conflits suit la jurisprudence du Conseil d'Etat qui fonde parfois son incompétence sur le motif que seuls les Tribunaux judiciaires pourraient apprécier la responsabilité de l'Etat en matière judiciaire.

Or, il est arrivé une fois à un Tribunal judiciaire de se prononcer sur pareille action, et l'arrêt a, bien entendu, consacré l'irresponsabilité de l'Etat (42). Il vaut d'être rapporté, car il fourmille d'erreurs : « Attendu que si l'Etat peut être tenu pour responsable des fautes commises par ses fonctionnaires, c'est en raison des liens de subordination et de dépendance qui rattachent ces fonctionnaires à l'Etat dans les fonctions qu'ils remplissent et qui en font pour l'exécution de leur service, des préposés de l'Etat ; mais que les cas qui, aux termes de l'article 505 du Code Procédure civile, peuvent donner lieu à prise à partie, sont exclusivement du domaine judiciaire ; qu'il ne peut être question dès lors dans l'accomplissement de tels actes d'un état de subordination et de dépendance du magistrat envers l'Etat, qui porterait la plus grave atteinte à l'indépendance du juge et qui serait contraire à sa mission de juger ; que les mêmes raisons conduisent à décider que si des agents de la force et de l'autorité publique sont

---

(39) *La responsabilité de la puissance publique.* Edit. 1938, p. 251.
(40) *C.E.*, 28 juillet 1944, R. p. 221.
(41) *T.C.*, 15 novembre 1913 Lefebvre 1115, 22 janvier 1921 Gilly, 11 juillet 1927 dame Riveil 774.
(42) Montpellier, 17 juillet 1929 dame Riveil, cité par Duez, *op. cit.* p. 253.

des préposés de l'Etat pour des actes de police administrative, ils ne le sont plus pour des actes de police judiciaire à l'occasion desquels la prise à partie est seule admise contre eux ».

Ceci signifie que les juges et officiers de police judiciaire ne sont pas des préposés au sens de l'article 1384 du Code civil, au contraire des autres foctionnaires administratifs : ce qui constitue une méconnaissance des principes élémentaires du droit public. « Attendu qu'en l'état de la législation actuelle, ni les principes, ni les textes n'admettent la responsabilité civile de l'Etat à raison des actes du pouvoir judiciaire, si ce n'est pour affirmer par cette exception la règle, la loi du 8 juin 1895, modifiant les articles 443 et suivants du Code d'Instruction criminelle et mettant à la charge de l'Etat des indemnités qui peuvent être allouées aux victimes d'erreurs judiciaires, que l'Etat ne peut être déclaré civilement responsable du dommage exercé par un magistrat ou un officier de police judiciaire contre qui est dirigée la procédure de prise à partie ». Cela paraît donc sous-entendre que la responsabilité de l'Etat dans un cas spécial exclue la responsabilité générale de l'Etat en matière judiciaire. La loi du 7 février 1933 est venue cependant donner une certaine extension à la responsabilité de l'Etat dans le fonctionnement du service judiciaire. Mais ce n'est pas une responsabilité primaire ; elle ne peut être mise en cause que si la responsabilité personnelle des magistrats et officiers de police juidciaire est mise en jeu par la procédure de la prise à partie.

Néanmoins, au contraire du juge administratif, il semble que le juge civil a statué au fond et non sur la recevabilité de la demande. Il nous faut donc essayer de savoir quel est le fondement de l'incompétence du juge administratif.

Sous-Section 3. — Fondement de l'incompétence du juge administratif

La jurisprudence du Conseil d'Etat aboutit à cette conséquence paradoxale que l'individu qui peut obtenir que le juge fasse respecter son droit violé par un service public, ne peut, par contre, rien pour obtenir réparation du dommage qui lui est causé par ce service public, spécialement chargé de faire respecter le droit (43).

Il semble bien que l'incompétence du Conseil d'Etat soit uniquement rattachée à un problème de recevabilité, le principe de la séparation des pouvoirs interdisant au juge administratif de connaître du fonctionnement du service public judiciaire, et les textes (art. 3, L. 24 mai 1872 - art. 32, ord. 31 juillet 1945) permettant seulement au Conseil d'Etat de statuer sur des recours concernant des actes administratifs et non juridictionnels (44).

Lorsque le Conseil d'Etat proclame son incompétence, il se contente ainsi que nous l'avons vu, de constater que l'acte incriminé n'avait pas le caractère administratif, ou qu'il concernait le bon fonctionnement des Cours et Tribunaux, ou qu'il était relatif à une procédure judiciaire. Si donc l'acte ne se détache pas d'une procédure judiciaire, s'il n'en est qu'un incident, il ne

---

(43) Cf. Mathiot n. sous *C.E.*, 22 janvier 1943 Leneveu *S.*, 1944-3-41.

(44) Cf. Laferrière : « Traité de la Juridiction administrative » (1896) I, p. 487.

constitue pas une décision administrative susceptible de recours devant le Conseil d'Etat (45). Par contre, l'acte étant détachable, il recouvre le caractère administratif qui rend son droit de contrôle au Conseil d'Etat. C'est ainsi que tout ce qui a trait au statut personnel des magistrats, comme ne touchant pas au fonctionnement proprement dit du service judiciaire, relève du contrôle du Conseil d'Etat (46) : il en est autrement des actes relatifs à l'organisation interne et à la discipline du service judiciaire (47) qui ont une incidence directe sur leur fonctionnement, ces derniers relevant d'ailleurs du contrôle du Conseil Supérieur de la Magistrature.

Dès lors que le Conseil d'Etat juge que des opérations ont été entreprises par des policiers en dehors de toute fonction de police judiciaire (48) ou qu'un acte administratif peut être apprécié séparément d'une procédure judiciaire (49) il se déclare compétent. Malheureusement le laconisme des arrêts ne permet guère de déceler leurs arrières pensées. Celles-ci existent-elles ?

MM. G. Liet-Veaux et D. Veaux, dans une récente étude (50), estiment qu'en raison de la confusion des fonctions administratives et judiciaires dans les mains des mêmes agents, et de l'impossibilité de dégager un critère précis, permettant de distinguer les actes administratifs des actes juridictionnels, l'incompétence du Conseil d'Etat repose à la fois sur l'exception de recours parallèle, sur le pouvoir discrétionnaire de l'auteur de l'acte et enfin sur le principe de la séparation des pouvoirs.

Il est en effet très exact que, souvent, le Conseil d'Etat, en même temps qu'il se déclare incompétent, se prononce explicitement ou implicitement en faveur de la compétence judiciaire.

Le contentieux des opérations de l'état civil, en vertu des articles 49, 53, 54 et 99 du Code civil et des articles 755 et suiv. du Code de procédure civile appartient indubitablement aux Tribunaux judiciaires. De même ceux-ci sont compétents, de par les articles 442, 472 et 553 du Code de procédure civile pour connaître des difficultés qui se rattachent à l'exécution de leur décision : la compétence du Conseil d'Etat ne reparaît que lorsqu'il s'agit d'apprécier l'exécution par l'Administration, soit de ses propres décisions, soit de celle des Tribunaux judiciaires. Un autre exemple peut être donné par la loi du 30 juin 1838 qui donne compétence aux Tribunaux judiciaires en matière d'internement des aliénés, ce qui n'empêche pas le Conseil d'Etat d'affirmer sa compétence, là où la loi n'est pas applicable (51), afin

---

(45) *C.E.*, 1er mars 1939 Bazier 130 , cf *C.E.*, 2 février 1944 Gauthier 41.

(46) *C.E.*, 28 juillet 1898 Fayard 601, 28 décembre 1906 Nivaggioli 872, 13 mars 1908 Pirollet, *D.*, 1909-3-110, 17 janvier 1913 Poncelet 83, 23 mars 1 917 Pelletier 287, 15 mars 1918 Bouisson 260, 25 novembre 1921 Philippon 979, 18 mai 1923 Leboucher 423, 8 décembre 1926 Joze 1077, 9 novembre 1934 Coutant 998, v. cependant un arrêt aberrant : 13 mars 1903 dans David 232.

(47) *C.E.*, 13 décembre 1929 Brisdoux 1108, 3 juillet 1931 Le Scornut, *S.*, 1932-3-57 concl. Ettori, 14 février 1936 Darracq 203.

(48) *C.E.*, 19 janvier 1945 Comptoir des Métaux Précieux 21.

(49) *C.E.*, 25 juin 1924 Poirey 594, 30 juin 1943 Tran-Vo-Duy 169, 23 février 1939 Pegulu 110, 23 mars Emanoglidis *S.*, 1945-3-44.

(50) « Compétence des Juridictions administratives pour connaître de la validité des actes se rattachant au service de la justice judiciaire », *R.D.P.*, 1945-421.

(51) *C.E.*, 16 février 1935 Forcioli 200.

d'apprécier la régularité, mais non l'opportunité, de la décision préfectorale (52).

L'exception du recours parallèle joue dès lors que l'on se trouve en présence de deux actions (et non d'une action et d'une exception) permettant d'aboutir à des résultats équivalents. Il est des matières pour lesquelles le recours pour excès de pouvoir et le recours devant les Tribunaux judiciaires donnent également satisfaction. Le requérant qui se plaint de la composition d'un tribunal peut faire valoir sa réclamation en appel ou cassation. De même le contrôle du Tribunal judiciaire sur la discipline des avocats, rend inutile le recours pour excès de pouvoir. Celui-ci ne recouvre son utilité que lorsqu'il s'agit d'apprécier des actes administratifs détachables d'une procédure judiciaire et qui, comme tels, échappent au contrôle du juge judiciaire.

Mais l'exception de recours parallèle ne peut suffire à expliquer toute la jurisprudence du Conseil d'Etat. Aussi, MM Liet-Veaux et D. Veaux se sont-ils demandés si le pouvoir discrétionnaire du juge ou de l'Administration ne permettrait pas de substituer un rejet au fond au rejet pour incompétence. C'est ainsi que selon eux, le refus du Ministre de la Justice d'ordonner au Ministère Public d'entreprendre des poursuites, n'est que l'exercice de son pouvoir hiérarchique, discrétionnaire parce que hiérarchique et comme tel constituant une mesure d'ordre intérieur. C'est encore le pouvoir discrétionnaire qui justifierait l'irrecevabilité des recours dirigés contre les mesures administratives, relatives aux détenus, contre les refus (de nature administrative) de transmettre des recours en revision ou en grâce. Dans ces dernières hypothèses, les refus de transmission paralysent, en effet, des procédures : car, en définitive, ce n'est pas au Ministre de statuer sur un recours en revision, mais à la Cour de Cassation ; ce n'est pas non plus à lui de statuer sur un recours en grâce, mais au Chef de l'Etat. Enfin, au lieu de se dire incompétent pour examiner les recours concernant les décisions des bureaux d'assistance judiciaire, il semble que le Conseil d'Etat justifierait mieux ses décisions en invoquant le pouvoir discrétionnaire de ces bureaux.

Mais ce n'est là que formulation de souhaits. Jamais, en effet, le Conseil d'Etat n'examine au fond le pouvoir de décision de ces autorités administratives dans les matières que nous venons de citer. Il déclare qu'il y a là des actes se rattachant au fonctionnement des services judiciaires. Même si ces actes sont de nature administrative et non juridictionnelle. Cette conception des choses est probablement regrettable, mais le Conseil d'Etat s'en tient toujours, en ce qui concerne la justice judiciaire, au principe de la séparation des pouvoirs qui lui interdit de s'immiscer dans le fonctionnement de ce service.

Quelque soit le contenu des décisions des autorités judiciaires, quelque soit la nature de l'acte accompli par une autorité administrative, du moment qu'il n'est pas détachable d'une procédure judiciaire ou du fonctionnement du service judiciaire, le Conseil d'Etat se déclare toujours incompétent ; il se refuse à statuer au fond, car ce serait alors apprécier le fonctionnement d'un service sur lequel, de par la loi, il n'a pas de droit de regard.

---

(52) *C.E.*, 12 janvier 1912 Gay 24.

Aussi, croyons-nous que l'ingénieuse explication par l'exception du recours parallèle peut rentrer dans ce cadre. Lorsque le Conseil d'Etat décline sa compétence en faveur de celle du juge judiciaire, il ne veut pas dire par là que le requérant sera sur d'aboutir à un résultat, ou à un résultat identique. Il constate seulement qu'il est incompétent et qu'il existe un juge judiciaire compétent : et si celui-ci l'est, c'est parce que la loi a fait application du principe de la séparation des pouvoirs, et n'a pas voulu que certaines autorités, sous la surveillance des autorités judiciaires, soient contrôlées par d'autres autorités que celles-là. Enfin, si l'on peut admetre que la réclamation en appel ou en cassation dirigée contre la composition d'un tribunal peut à la rigueur satisfaire le justiciable, il semble par contre que la surveillance des tribunaux sur la discipline des avocats puisse ne pas toujours donner satisfaction : au reste, le Conseil d'Etat possède un droit de regard efficace sur un certain nombre d'ordres professionnels (53) ; ne peut-on pas dire que s'il est incompétent à l'égard de l'ordre des avocats et des chambres professionnelles des officiers ministériels, c'est surtout pour la raison que celui-ci est intimement lié au fonctionnement du service judiciaire ?

Mais si le principe de la séparation des pouvoirs suffit à expliquer la jurisprudence du Conseil d'Etat relative aux litiges concernant le fonctionnement du service judiciaire, il n'en est plus ainsi pour justifier l'incompétence du Conseil d'Etat à connaître des litiges relatifs au fonctionnement des tribunaux administratifs.

Le refus d'admettre le recours pour excès de pouvoir contre les décisions de ces tribunaux est compréhensible, du moment qu'il existe d'autres voies de droit comme l'appel et la cassation. Mais l'irrecevabilité du recours en indemnité est difficilement explicable. En effet, le principe de la séparation des pouvoirs peut interdire au juge administratif de s'immiscer dans le fonctionnement de l'Administration active et du service judiciaire : mais pourquoi lui interdirait-il de contrôler la faute d'un juge administratif ? Par la procédure de la prise à partie, le juge judiciaire contrôle bien tous les fonctionnaires judiciaires. A cela, on peut répondre que l'attitude du Conseil d'Etat provient précisément de ce qu'il n'existe pas en droit administratif de procédure analogue. Mais en fait, cela aboutit à dire qu'il n'y a pas de juge compétent pour apprécier la responsabilité de l'Etat pour mauvais ou non fonctionnement des Tribunaux administratifs : en fait, l'Etat est en la matière pratiquement irresponsable.

On peut dès lors se demander si l'arrière pensée du Conseil d'Etat n'est pas qu'il n'y a, en aucun cas, de responsabilité générale et directe de l'Etat pour faute de fonctionnement des services juridictionnels.

---

(53) *C.E.*, 31 juillet 1942 Monpeurt, *S.*, 1942-3-47 concl. Ségalat, 2 avril 1943 Bouguen, *S.*, 1944-3-1 concl. Lagrange n. Mestre.

SECTION 2. — LA PORTEE DU PRINCIPE DE L'IRRESPONSABILITE DE L'ETAT EN MATIERE JURIDICTIONNELLE

Le premier effet de la jurisprudence civile et administrative que nous venons de citer est de consacrer l'impossibilité juridique de mettre directement en cause l'Etat à raison de l'exercice défectueux de sa fonction juridictionnelle. On a tout d'abord invoqué que pour la juridiction comme pour la législation on se trouvait en présence d'une manifestation de la souveraineté engendrant l'irresponsabilité. A cela il est aisé d'objecter qu'on ne voit pas pourquoi la souveraineté se manifeste d'une façon plus intense dans l'acte juridictionnel que dans l'acte administratif, et pourquoi ne s'opposant pas à la responsabilité de l'Etat administrateur, elle s'oppose à celle de l'Etat juge. Car, il est par ailleurs hasardeux d'assimiler la fonction législative et la fonction juridictionnelle, c'est-à-dire la fonction qui consiste à poser la règle de droit et celle qui consiste à en déterminer les exécutions et applications particulières.

Enfin, s'il est loisible au Parlement de se proclamer souverain en tant que représentant de la souveraineté nationale, cela n'est pas possible au juge qui, dans l'état actuel de notre droit, n'est qu'un agent de l'Etat et non un représentant de la Nation.

Aussi, a-t-on fait appel à l'idée de l'autorité de la chose jugée pour justifier le principe de l'irresponsabilité de l'Etat-juge. Sinon ce serait admettre qu'en mettant en cause la responsabilité de l'Etat, on puisse remettre en question la chose jugée, principe fondamental d'utilité et de sécurité sociale (54).

Mais dans ce cas, l'irresponsabilité ne pourrait couvrir que les actes juridictionnels proprement dits qui comportent l'autorité de la chose jugée, non les actes préparatoires ou d'exécution des jugements, et les actes des agents non juridictionnels, placés sous le contrôle de l'autorité judiciaire. Or, l'attitude de la jurisprudence est la même à l'égard de ces divers actes.

On a dit aussi que le recrutement des magistrats offrait aux justiciables des garanties suffisantes. Cela est peut-être vrai des magistrats judiciaires. Mais que dire des innombrables officiers de police judiciaire, et même de certains juges administratifs (souvent juges occasionnels dont l'indépendance et les connaissances sont fort sujettes à caution) ?

Il n'y a pas donc de raison en soit qui permette de poser, en principe, l'irresponsabilité de l'Etat juge. Tout le problème est donc de savoir quels sont les dommages et quelles sont les fautes dont il faut tenir compte, en sachant par ailleurs distinguer entre les divers buts poursuivis par l'activité juridictionnelle. La liberté, l'honneur et la vie des citoyens sont, en effet, plus menacés par le juge répressif que par le juge civil. Aussi, c'est sur ce point qu'une première réforme a été opérée par la loi du 8 juin 1895 sur la revision des procès criminels et correctionnels, qui accorde aux victimes d'erreurs judiciaires, une indemnité fondée, non sur la faute du juge, mais sur le risque inhérent à la juridiction répressive qui, de bonne foi, parce que mal éclairée, peut commettre de lourdes — quoique rares — erreurs. Nous ne traiterons pas de cette question, non seulement spéciale à l'acti-

---

(54) *Cf.* Teissier au Répert. Adm. Bequet v° Responsabilité.

vité des juridictions répressives, mais qui surtout concerne un dommage créé par un acte positif, puisqu'il y a un jugement et qui, enfin, ne consiste pas en la sanction d'une faute par un possible manquement à une obligation de faire.

Une seconde réforme a été réalisée par la loi du 7 février 1933 (55) qui substitue la responsabilité de l'Etat à celle des magistrats lorsque ceux-ci ont été déclarés civilement responsables à la suite d'une procédure de prise à partie, intentée contre eux. Mais cette responsabilité n'est pas une responsabilité primaire comme celle qui incombe à l'Etat, en raison de son activité administrative. Il faut d'abord établir la responsabilité personnelle du magistrat pour qu'ensuite elle remonte automatiquement à l'Etat qui, dans les rapports avec la victime du dommage, est substitué au magistrat fautif, contre lequel, d'ailleurs, l'Etat conserve un recours.

Cela rappelle le système de cumul des responsabilités en matière administrative. Mais le justiciable n'a pas le cumul des actions puisqu'il ne peut poursuivre que l'Etat. Enfin, la loi ne subroge pas de plein droit l'Etat à la victime du dommage pour l'exercice de l'action récursoire contre le magistrat.

Aussi, l'Etat apparaît-il responsable comme l'est le commettant aux termes de l'article 1384 du Code civil. Cela va à l'encontre des décisions juridictionnelles civiles précitées ou nous avons vu que précisément la responsabilité de l'Etat-juge était écartée par ce que les rapports de l'Etat et de ses magistrats ne pouvaient s'analyser en rapports de commettant à préposé. Par ailleurs, la loi de 1933 est en contradiction avec l'évolution générale de la responsabilité de la puissance publique qui est une responsabilité primaire reposant essentiellement sur l'idée de faute de service et non de faute personnelle du fonctionnaire.

L'Etat n'est donc, en matière juridictionnelle, responsable que si la faute d'un magistrat a pu être établie. Or, celle-ci ne peut l'être que par la voie d'une procédure très spéciale, celle de la prise à partie : « Attendu que les actes du juge, quand ils se rattachent à l'exercice de ses fonctions, ne peuvent engager sa responsabilité que dans les cas expressément prévus par la loi qui a introduit la voie extraordinaire de la prise à partie, d'où il suit qu'aucun acte du ministère du juge ne peut autoriser une poursuite personnelle contre lui, à moins qu'il ne soit au nombre de ceux que l'article 505 du Code de Procédure civile a pris le soin de déterminer d'une manière limitative » (56).

La responsabilité personnelle des fonctionnaires judiciaires ne peut donc être assimilée à la responsabilité personnelle des fonctionnaires administratifs qui repose sur le principe de droit commun formulé par l'article 1382 du Code civil.

Cette attitude entrainait donc, autrefois, à décider que la garantie de l'article 75 ne jouait pas en faveur des fonctionnaires pour la poursuite personnelle desquels l'autorisation fournie par le Conseil d'Etat, n'avait ni à être demandée, ni à être occordée (57).

---

(55) Sur le mouvement des idées qui a précédé cette réforme V. Agulhon : « La responsabilité de l'Etat à raison des condamnations prononcées contre les fonctionnaires de l'ordre judiciaire », *Thèse Montpellier* 1923 sur les travaux préparatoires, Grandcollot : « La responsabilité de l'Etat en matière judiciaire », *Thèse Paris* 1935, p. 94 et s.

(56) Cass, cv. 24 mai 1842, *D.*, 1842-1-399, cf. Cass. 25 août 1925, 13 mars 1850. Trib. cv. Caen 2 juin 1849, *D.*, 1850-3-20.

(57) *C.E.*, 22 mars 1841, Marc Thomas 126.

Les deux ordres de responsabilité étaient donc bien distincts, ce qui n'empêcha pas une controverse de s'engager quand l'article 75 fut abrogé par le décret du 10 septembre 1870. Pour certains, ce décret avait pour effet de supprimer tout le Titre 3 du Livre IV du Code de Procédure (58), pour d'autres de supprimer simplement les textes entravant la libre poursuite des fonctionnaires judiciaires.

La jurisprudence n'admit jamais ces points de vue, et la prise à partie survécut à la disparition de la garantie des fonctionnaires (59). Le décret de 1870 n'abrogeait pas expressément la prise à partie, et du reste une phrase du rapport qui précéda son élaboration était, à cet égard, significative (60) : « Pour les magistrats soumis aux règles du Code de Procédure civile sur la prise à partie et à celles du Code d'instruction criminelle, pour les délits commis par eux, la situation reste la même ».

Cette responsabilité assez limitée des fonctionnaires judiciaires, peut aisément s'expliquer, sinon se justifier : « La nature même des fonctions qu'ils accomplissent, a amené le législateur de tout temps à les différencier des autres. Il est indispensable de donner aux actes juridictionnels du magistrat, un caractère de stabilité qu'une responsabilité difficile à mettre en jeu, puisse assurer. Et il importe, par ailleurs, de protéger contre certaines attaques injustifiées les magistrats répressifs qui, ayant besoin d'une plus grande liberté d'action, pour remplir des fonctions souvent très délicates sont, plus que tous les autres, exposés à la vindicte de ceux que leurs actes de poursuite ou d'instruction ont pu mécontenter. Et telle n'est pas la seule raison qui a motivé un mode particulier de responsabilité pour les fonctionnaires de cet ordre, car, en ce qui concerne, par exemple, les juges proprement dits, on ne peut méconnaître que la fonction judiciaire, entourée de formes, avec les délais qui lui sont impartis, la délibération et l'examen contradictoire qui précède ses dicisions, la prudence, la sagacité, le sens judiciaire qui la caractérisent offrent des garanties réelles d'impartialité et d'équité » (61).

La nécessité de la stabilité des décisions de justice, le désir de garantir le juge contre le ressentiment du plaideur, la sécurité offerte aux justiciables par les formes et les mœurs judiciaires, sont d'excellents arguments auxquels on peut ajouter ceux-ci : il est possible de vivre sans avoir affaire à la justice s'il ne l'est pas sans avoir affaire à l'Administration ; de plus, sauf en matière répressive, les services judiciaires n'agissent pas d'office, au contraire, de l'Administration.

La prise à partie ne constitue donc pas, en tant que telle, une injustice : il s'agit seulement de savoir si elle offre aux justiciables une efficace voie de droit pour sanctionner les abstentions des fonctionnaires judiciaires et, par voie de conséquence, pour mettre en cause la responsabilité de l'Etat. Nous laisserons donc de côté l'action disciplinaire et l'action pénale, pour étudier exclusivement les conditions de fond de la prise à partie, seule action par laquelle une indemnité peut être exigée d'un fonctionnaire judiciaire, telle qu'elle résulte des règles édictées par le

---

(58) Duvergier, *Bulletin des Lois*, T. LXX, p. 335.
(59) Besançon 23 juin 1873, *D.*, 74-2-145. Cass. 14 juin 1876, *D.*, 1876-1-301.
(60) Cité par Nesmes-Desmarets : « La responsabilité des magistrats », *Thèse Montpellier* 1910, p. 237.
(61) Duc : « La prise à partie », *Thèse Bordeaux* 1935, p. 7-8.

Code de Procédure civile et des modifications qui leur ont été apportées par les lois du 7 février 1933 et 26 mars 1933 (62).

Les conditions de fond se ramènent à deux : savoir, quels sont les fonctionnaires judiciaires susceptibles de prise à partie et quels sont les cas dans lesquels leur responsabilité peut être mise en jeu. Nous ferons le point dans une dernière section, où nous jugerons de l'efficacité de l'institution.

SECTION 3. — FONCTIONNAIRES JUDICIAIRES SUSCEPTIBLES DE PRISE A PARTIE

Sous-Section 1. — Fonctionnaires judiciaires et juges administratifs

Les fonctionnaires judiciaires ne sont susceptibles que de prise à partie et eux seuls en sont susceptibles. Cependant, le libellé de l'article 505 du Code de Procédure civile, assez général pour englober tous les juges, peut permettre de penser que la procédure de prise à partie est aussi applicable aux juges administratifs. Mais, par contre, l'article 10 de la loi du 20 avril 1810 n'assimile aux fonctionnaires de l'ordre judiciaire que les seuls Conseillers à la Cour des Comptes et de plus les règles de la prise à partie étant dérogatoires au droit commun de la responsabilité civile, on ne peut dire qu'elles doivent être étendues ipso facto au droit administratif, qui n'a jamais recueilli que les règles de droit commun, et en les adaptant à ses besoins. En outre, encore que cela soit discutable, la prise à partie est une voie de recours contre les décisions judiciaires : or, pareille voie de recours n'est pas prévue en droit administratif. Enfin, le principe de la séparation des pouvoirs s'oppose à ce qu'un juge judiciaire statue à propos d'un acte de la fonction administrative, et le Conseil d'Etat est incompétent pour décider sur la réparation civile due par un agent administratif à titre de faute personnelle.

Ces considérations permettent donc d'affirmer que la prise à partie — instituée d'ailleurs ainsi que nous allons le voir, de manière à protéger les fonctionnaires judiciaires — ne peut être exercée contre les juges administratifs (63). La jurisprudence la plus récente, confirme tout à fait ce point de vue. L'ordonnance du 6 avril 1945 modifiant les articles 16 et 18 de l'ordonnance du 21 avril 1944 sur l'organisation des pouvoirs publics en France, après la libération, avait institué un jury d'honneur, chargé de prononcer, en dernier ressort, sur la levée de l'inégibilité en faveur des français qui avaient participé à la lutte contre l'ennemi ou le Maréchal Pétain. Un justiciable mécontent d'une décision du jury d'honneur, qui avait refusé de le relever de l'inéligibilité, avait pris à partie cette juridiction devant la Chambre des Requêtes de la Cour de Cassation : celle-ci déclara le recours irrecevable, motif pris de ce que, d'une part, le jury

---

(62) En ce qui concerne l'étude de la procédure de la prise à partie se reporter aux ouvrages généraux et aux diverses thèses traitant de la prise à partie. Sur l'évolution juridique de l'institution, consulter Duc, *op. cit.*,, p. 9 à 27, de Heine : « Les origines et l'histoire de la prise à partie », *Thèse Bordeaux* 1928, Bidermann : « La responsabilité des magistrats envers les particuliers », *Thèse Dijon*, 1911.

(63) Cf. Jacquelin : « L'évolution de la procédure administrative », *R.D. P.* 1903, T. 19-435.

d'honneur était composé de gens tous étrangers à l'ordre judiciaire et que, d'autre part, ni par son organisation, ni par sa compétence, ni par son fonctionnement, ni par son objet, il ne pouvait être regardé comme constituant une juridiction de l'ordre judiciaire : étant donc une juridiction administrative, le jury d'honneur — la Chambre des Requêtes le dit expressément — ne peut être pris à partie (64 et 64 *bis*).

Nous avons vu que le Conseil d'Etat, tant par la voie du recours pour excès de pouvoir que par celle du recours en indemnité, déclarait irrecevable toute action mettant en cause le fonctionnement des juridictions administratives. La voie de la prise à partie n'étant pas autorisée contre les juges et juridictions administratives, les justiciables ne peuvent dès lors agir contre l'Etat à raison d'une faute de service. Mais peuvent-ils agir devant les Tribunaux judiciaires contre les juges administratifs, à raison d'une faute personnelle ? En effet, étant donné l'incompétence du Conseil d'Etat à connaître de la responsabilité pour faute personnelle, le justiciable ne peut que s'adresser au juge civil.

Nous ne connaissons sur ce point qu'une seule décision par laquelle le juge judiciaire parut admettre qu'un juge militaire contre qui ne pouvait être exercée la prise à partie, était à ce titre justiciable des Tribunaux judiciaires, selon les termes du droit commun (65).

Ce serait là une application de la responsabilité pour faute personnelle. Mais celle-ci consistant, en principe, en une faute détachable de la fonction, n'est-il pas paradoxal de voir mis en cause la responsabilité d'un fonctionnaire à propos de l'exercice d'une fonction qui, en tant que telle, ne peut engager la responsabilité de l'Etat ?

Le magistrat administratif serait donc personnellement responsable de la même façon qu'un quelconque fonctionnaire administratif. Seul, le magistrat judiciaire bénéficierait de la prise à pratie, procédure extrêmement protectrice de sa responsabilité. Si l'on songe que sous le vocable magistrat judiciaire la jurisprudence entend, non seulement le juge, mais encore l'officier de police judiciaire, on arrive à ce résultat que la responsabilité du magistrat administratif mise en jeu, selon les termes du droit commun, pourrait être plus aisément sanctionnée que celle d'un officier de police judiciaire.

C'est là une lacune de notre droit public qui méritait d'être signalée. Elle risque d'aboutir, en fait comme en droit, à rendre l'Etat totalement irresponsable du fonctionnement défectueux du service juridictionnel administratif. Les seules soluitons positives consistent en la fixation d'un délai imparti au juge administratif pour statuer (art. 38, L. 5 avril 1884, art. 7, al. 2, L. 27 octobre 1946 en matière électorale — art. 28, L. 21 avril 1832 en

---

(64) Cass. Req. 30 juillet 1946 Reibel, *S.*, 46 chr. 68 et *D.*, 46-5-376. Cf. C. Cass. 4 mai 1880, *S.*, 81-1-79. *C.E.*, 26 novembre 1920, *G.P.*, 22 nov. 1921.

(64 *bis*) La prise à partie ne peut, a fortiori, être utilisée contre les juridictions comme les Hautes-Cours de justice où la politique l'emporte sur la justice et qui, par ailleurs, n'ont au-dessus d'elles aucune juridiction supérieure capable de les contrôler.

(65) Trib. cv. Seine 14 novembre 1921, *G.T.*, 2 décembre 1921, p. 856. (Le tribunal a décidé que le juge militaire n'encourrait aucune responsabilité en l'absence de faute lourde). On peut rapprocher de cette jurisprudence, celle en vertu de laquelle les actes de police judiciaire des Préfets sont soustraits au contrôle du Conseil d'Etat, alors que la responsabilité personnelle des mêmes Préfets est appréciée par les tribunaux judiciaires.

matière de contributions directes, etc...). Parfois, la loi assimile son silence à un rejet de la requête, rarement à une acceptation, quelquefois à une permission de saisir le juge supérieur. Mais ce ne sont là que des palliatifs insuffisants, car seuls des Tribunaux administratifs inférieurs sont touchés par de telles mesures, d'ailleurs très rares.

La prise à partie doit donc être utilisée et ne peut être utilisée que contre les fonctionnaires judiciaires. Mais encore faut-il préciser ce qui est caché sous ce vocable. Le vulgaire n'y voit que les magistrat du siège et du parquet : mais le service public de la justice est aussi exercé par une grande quantité d'agents subalternes qui sont les officiers de police judiciaire ; c'est un point très important que de savoir s'ils bénéficient du même statut que les magistrats. Nous examinerons successivement la situation de ces différents fonctionnaires (66).

Sous-Section 2. — Les magistrats du siège

Il faut entendre par là, les magistrats de jugement : ils sont expressément visés par l'article 509 du Code de Procédure civile. Mais un tribunal tout entier peut être pris à partie si la décision révèle une faute collective. La loi ne parle pas des membres de la Cour de Cassation : il semble que la prise à partie leur soit applicable (67), alors qu'elle ne l'est pas contre une Chambre de la Cour de Cassation (68), aucun tribunal n'étant susceptible de la juger, puisque la Cour de Cassation est la juridiction suprême. On peut se demander si la Cour, toutes chambres réunies, ne pourrait pas remplir cet office ; mais aucun texte ne lui donne compétence en l'espèce, et le problème resterait insoluble pour la prise à partie contre les chambres réunies. C'est là la limite à laquelle l'on est obligé de faire confiance aux magistrats supérieurs (69).

Plus que l'individu, c'est la fonction qui est visée : aussi, doit-on admettre que la prise à partie puisse être exercée contre les personnes privées, avocats, avoués, notaires, remplissant accidentellement les fonctions de juge. La Cour de Cassation s'est prononcée en ce sens et a autorisé la prise à partie contre un notaire président d'un Conseil de famille, en suppléance du juge de paix (70). La question se pose à l'égard des jurés, assimilés aux magistrats par le Code Pénal, dans son article 183, réprimant le crime de forfaiture : à première vue, ils sont tout autant magistrats que les magistrats occasionnels dont nous venons de parler (71).

---

(66) Doctrine et jurisprudence sont d'accord pour qualifier de fonctionnaires judiciaires tous les fonctionnaires participant d'une façon quelconque à l'exercice du pouvoir judiciaire. En ce sens, Glasson et Tissier, *Traité de Procédure*, T. I, p. 185. Garsonnet et Cézar-Bru, *Traité théorique et pratique de procédure*, T. 6, n° 568, cf. aussi Cass. 17 avril 1907, *S.*, 1908-1-439.

(67) Rapport Faure-Biquet. Conclusion Procureur Général Beaudoin : Cass. 17 nov. 1904, *D.*, 1905-1-43, *S.*, 1908-1-523.

(68) C. Cass, 8 décembre 1904, *S.*, 1908-1-549.

(69) La prise à partie ne frappant le magistrat que pour faits de sa fonction, il semble normal de ne pas accorder cette action contre ses héritiers au cas de pré-décès du magistrat : en ce sens Req. 30 juillet 1906, *D.*, 1916-1-5-23 conclusion Avocat Général Alphandéry, contra Grancollot, *op. cit.*, p. 81.

(70) Cass. 28 octobre 1924 Pillaud, *D.H.*, 1924-655.

(71) Par un très vieil arrêt la Cour de Cassation (23 juillet 1806, *S.*, 1806-1-1448) avait décidé que les jurés n'étaient pas des fonctionnaires.

Si la solution du problème est, en principe, simple en ce qui concerne les magistrats des Tribunaux de droit commun, elle est moins certaine en ce qui concerne les magistrats des Tribunaux spéciaux. L'article 32 de la loi du 18 mars 1806, rétablissant le Conseil des Prud'hommes de Lyon, avait prévu contre eux la prise à partie, et la Cour de Cassation étendit cette procédure au Conseil des Prud'hommes pêcheurs de la Méditerranée (72).

Par contre, il semble bien que la jurisprudence considère que les magistrats de la justice militaire ne peuvent être actionnés (nous allions dire protégés) par la prise à partie (73), alors que l'article 44 de la loi du 17 avril 1906 organisait le contrôle des Conseils de Guerre par la Cour de Cassation, tout comme les Conseils de Prud'hommes, dont cependant les membres sont susceptibles de prise à partie. Alors surtout que la loi du 9 mars 1928 attribuait la présidence des Tribunaux militaires à un juge civil.

La prise à partie joue donc contre la plupart des magistrats du siège et contre les non-fonctionnaires qui, à l'occasion, sont appelés à les suppléer. Mais ceux-ci ne sont ainsi actionnables que lorsqu'ils agissent momentanément comme juges : les auxiliaires de la justice ne sont jamais fonctionnaires judiciaires que sous cette forme, hors laquelle leurs rapports avec les tiers sont régis par le strict droit privé (74).

Sous-Section 3. — Les Magistrats du Parquet

Le sens commun pour qui souvent l'habit fait le moine confond sous le nom de juge, les magistrats du siège et du parquet, qui inspirent un identique respect et une semblable crainte. La logique apparente est donc de faire bénéficier les membres du Ministère Public de la prise à partie (75). Mais bon nombre de raisons peuvent s'opposer à cette assimilation. En effet, l'article 505 du Code de Procédure civile parle uniquement des juges. Or, les membres du Ministère Public ne sont pas des juges. Ils poursuivent les infractions et requièrent les peines : mais leurs actes ne comportent pas l'autorité de la chose jugée et un réquisitoire n'est pas plus un jugement qu'une plaidoirie. De plus, il y a des voies de recours contre les jugements : il n'y en a pas contre les actes des magistrats du parquet ; or, la prise à partie est considérée par certains, comme une voie de recours. On ne peut tirer argument de l'article 479 du Code d'instruction criminelle, qui met sur le même pied, juges et officiers de police criminelle : car, tout texte pénal est d'interprétation étroite et ne peut, en conséquence, s'imposer au civil. Un certain nombre de textes pré-

---

(72) 19 juin 1847, *D.*, 1847-1-214. Pour une critique de cette solution, cf. Dupré. Cette solution devrait semble-t-il, être étendue aux membres assesseurs des tribunaux paritaires des baux ruraux.

(73) Trib. cv. Seine 14 novembre 1921, *G.T.*, 2 décembre 1921, qui paraît admettre la poursuite des magistrats militaires devant les Tribunaux civils comme de simples fonctionnaires administratifs.

(74) Cependant les greffiers peuvent être pris à partie en vertu des articles 164 et 370 du Code d'Instruction Criminelle (non signature dans les 24 heures des jugements et arrêts d'assises) et selon la jurisprudence quand ils sont délégués par un juge, dans la mesure où la loi l'y autorise : en ce sens Caen 18 décembre 1925 cité par Duc, *op. cit.*, p. 55.

(75) Rapp. art. 29 C.I.C. où les mots autorités constituées visent indistinctement tous les magistrats.

voient expressément la prise à partie contre les membres du Ministère Public : tels, l'article 112 du Code d'instruction criminelle, au cas de non-observation des formalités prescrites en matière de mandat de comparution, d'amener, de dépôt et d'arrêt — l'article 231 du même Code — l'article 358, § 4 du Code d'instruction criminelle, qui décide que « les membres des autorités constituées » sont irresponsables vis-à-vis des acquittés, à raison des avis donnés concernant les délits dont ils ont cru acquérir la connaissance dans l'exercice de leurs fonctions, sauf contre eux l'exercice de la prise à partie.

On ne peut tirer de l'existence de la prise à partie en des hypothèses particulières, sa nécessité de façon générale : nous avons vu que les greffiers susceptibles de la prise à partie dans certaines conditions, ne l'étaient pas en dehors de ces cas, et retombaient alors dans le droit commun de la responsabilité (70).

Au contraire, on pourrait prétendre que ce ne sont là que des exceptions à un principe général qui serait celui de la responsabilité de droit commun, les membres du parquet, amovibles, révocables, hiérarchisés, soumis à une discipline tout autre que celle des juges, apparaissant essentiellement comme des agents du Gouvernement auprès des Tribunaux, insusceptibles de cette procédure extraordinaire qu'est la prise à partie.

Mais le sens commun l'a emporté en jurisprudence. Les magistrats du Parquet font partie de l'ordre judiciaire au point de vue avancement et recrutement et bénéficient, comme les juges de certains privilèges (77). En outre, l'article 509 du Code de Procédure civile, quand il désigne les Tribunaux, y comprend bien les membres du Ministère Public qui font partie de la juridiction.

La jurisprudence civile qui ne s'est jamais démentie (78) est en complet accord avec un vieil avis du Conseil d'Etat, en date du 17 mars 1812, qui décidait qu'il n'y avait pas lieu à autorisation administrative préalable pour poursuivre, à fins civiles, le Ministère Public. Un argument pratique paraît surtout l'avoir emporté : quelle serait, en effet, l'autorité d'un Tribunal civil, pour juger un magistrat du Parquet ?

Nous verrons ultérieurement que cette jurisprudence a contribué à créer une sorte de quasi-irresponsabilité au bénéfice du Ministère Public, dont l'action est si quotidiennement liée à la vie sociale.

Sous-Section 4. — Les officiers de police judiciaire

S'il est peut-être facile de définir en quoi consistent les fonctions de police judiciaire, il est moins aisé de déterminer exactement les agents qui les exercent.

Nous laisserons de côté le cas des juges d'instruction et des juges de paix, en qui certains veulent voir les officiers de police judiciaire types : en effet, ils relèvent déjà de la prise à partie en leur qualité de juge.

L'article 9 du Code d'instruction criminelle mentionne les officiers de police judiciaire, mais aucun texte ne les déclare

---

(76) Cass. 13 mars 1866, *D.*, 66-1-213.

(77) Art. 358 § 4 C.I.C. précité, anciens articles 478-483 *C.P.*, (privilège de juridiction en matière pénale).

(78) Cass. 17 novembre 1832, *D.*, 32-1-484, 9 décembre 1919, *S.*, 20-1-101, Limoges 30 avril 1937, *S.*, 37-2-147.

spécialement susceptibles de prise à partie. Et l'on peut fortement douter que la saine logique n'exige pas simplement leur assujettissement au droit commun. En effet, ils ne concourent pas au jugement et la prise à partie peut être considérée comme une voie de recours contre la décision de justice : la compétence du Tribunal civil ne risque pas d'aboutir à la partialité des juges comme cela paurrait arriver s'ils jugeaient un de leurs pairs. On ne pouvait trouver un argument de texte qui, dans les articles 483-484 du Code Pénal assimilant les officiers de police judiciaire aux magistrats poursuivis correctionnellement : nous avons déjà dit ce qu'il fallait penser de l'extension au civil d'un texte pénal. Enfin, on ne peut se lasser de répéter que la prise à partie est une procédure exceptionnelle qui ne peut jouer à l'égard d'individus pour lesquels elle n'a pas été expressément prévue. On l'a cependant appliquée au Ministère Public ; mais on peut invoquer la tradition de l'ancien régime qui était en ce sens, alors qu'il n'en était pas de même à l'égard des officiers de police judiciaire.

Cependant, ces arguments n'ont pas prévalu. Un temps, la jurisprudence décida que les officiers de police judiciaire pouvaient être poursuivis selon les voies du droit commun (79). Mais depuis, elle s'est fixée dans le sens de l'application de la prise à partie (80) prétendant que, du moment que cette procédure devait être suivie contre le Ministère Public, il n'y avait aucune raison de n'en pas faire bénéficier ses auxiliaires. En réalité, la jurisprudence s'explique par le souci constant de protéger la personne du fonctionnaire judiciaire.

Le droit positif est donc dans le sens de l'application de la prise à partie aux oficiers de police judiciaire, à condition qu'il s'agisse d'actes de leurs fonctions (81) et que l'on ait bien affaire à un officier de police judiciaire. Il est difficile de trouver dans la jurisprudence un critérium qui permette de distinguer les officiers de police judiciaire d'autres policiers à caractère administratif. Sont d'abord officiers de police judiciaire ceux que la loi déclare tels, et ensuite ceux qui remplissent les fonctions des précédents : en partant de ces notions, nous pouvons dresser le tableau suivant, en vertu duquel sont considérés comme officiers de police judiciaires :

1° Les maires — qui, entr'autres fonctions, jouent quelquefois le rôle de Ministère Public auprès des Tribunaux de simple police — La jurisprudence a toujours considéré que dans la mesure où ils exerçaient des fonctions de police judiciaire, ce qu'elle apprécie souverainement (82), les Maires ne pouvaient être poursuivis que par la prise à partie (83) ;

2° Les Commissaires de police qui font aussi fonction de Ministère Public auprès des Tribunaux de simple police, et que les articles 9 et 11 du Code d'instruction criminelle désignent formellement parmi les officiers de police judiciaire (84) ;

---

(79) Toulon 21 janvier 1875, *D.*, 76-2-63. Req. 8 février 1876, *D.*, 76-1-291 conclusions conformes Reverchon.

(80) Req. 27 juin 1881, *S.*, 83-1-319, *T.C.*, 9 décembre 1911, *S.*, 1914-3-92, *Cv.* 9 décembre 1919, *S.*, 1920-1-101, Paris, 8 mai 1946, Sureau *S.*, 46-2-99.

(81) Nancy 21 décembre 1872, *S.*, 73-2-164 : la dénonciation par un Maire d'un de ses administrés à l'autorité allemande ne rentrait pas dans ses fonctions de police judiciaire.

(82) Limoges 24 mars 1923, *S.*, 23-2-133.

(83) Req. 4 janvier 1932, *S.*, 1932-1-72.

(84) Paris 8 mai 1946, *D.*, 1946 J. 317.

3° Les Inspecteurs du travail, selon l'article 79 du Livre 2 du Code du travail ;

4° Les Gardes champêtres, en vertu des articles 49-50 du Code d'instruction criminelle (85), et les Gardes forestiers et particuliers assermentés qui leur sont assimilés (86) ;

5° Les Inspecteurs de police mobile et de police spéciale (loi du 5 juillet 1929). Mais les agents spéciaux adjoints à la police judiciaire, les agents de police, les sergents de ville, les gardiens de la paix, les agents et les inspecteurs de la sûreté, sont de simples fonctionnaires administratifs ;

6° Les Officiers de gendarmerie (87), même de la gendarmerie maritime, depuis le décret du 10 septembre 1926, qui l'avait rattachée à la gendarmerie départementale : mais les sous-officiers et brigadier ne sont pas des officiers de police judiciaire (88) ;

7° Les Agents assermentés des Compagnies de Chemin de fer (89) ;

8° Les Consuls, dans l'exercice de leurs fonctions de police judiciaire (90).

Par contre, il semble que ne peuvent être considérés comme officiers de police judiciaire, les individus suivants :

1° Les simples citoyens dans les hypothèses ou ils accomplissent des actes de police ;

2° Les Notaires vérificateurs d'Etudes ; la question est controversée. L'arrêt Bernay (91) se prononce en faveur du caractère d'officier de police judiciaire, et par ailleurs, il semble devoir être reconnu aux Chambres de notaire le caractère de juridiction (92). Mais la Cour de Cassation paraît hostile à ce point de vue (93) ;

3° Les Préfets qui ne sont pas énumérés dans la liste des officiers de police judiciaire par l'article 9 du Code d'instruction criminelle, alors que cependant l'article 10 du même Code leur confère des pouvoirs de police judiciaire. La discussion relative à l'article 10 au Conseil d'Etat lors de la rédaction du Code paraît montrer que l'on désirait, à cette occasion, soustraire les Préfets à l'autorité des Procureurs Généraux (94). Il n'est pas niable que lorsqu'ils exercent les pouvoirs qui leur sont dévolus par l'article 10, ils font acte de police judiciaire et non acte administratif (95), ce qui a pour effet de soustraire ces actes à la

---

(85) Cass. 14 juin 1876, *D.*, 76-1-302. Signorel : « Le garde champêtre officier de police judiciaire », *Thèse Toulouse* 1931, p. 48 et s.

(86) *T.C.*, 11 juin 1927, *G.P.*, 1927-2-610. Cass. 10 janvier 1900, *G.P.*, 1900-2-202 Trib. Bayeux, 8 mars 1834, *S.*, 34-2-199 : en conséquence le propriétaire de la chasse ne peut être tenu comme civilement responsable du fait de son garde.

(87) *T.C.*, 9 décembre 1911, *D.*, 1914-3-5.

(88) Cass. 14 avril 1923, *D.*, 1924-1-75.

(89) Trib. cv. Bordeaux, 9 juin 1913 cité par Duc, *op. cit.*, p. 67, sur l'application de l'article 483 C.I.C. pour délits commis dans l'exercice de leurs fonctions : Metz 4 juin 1855, *S.*, 55-2-694.

(90) Trib. Seine 30 décembre 1905. *G.T.*, 1906, 1° Som., 2° partie Magnol, Cours de droit criminel et de science pénitentiaire 7° édit., p. 1074 et Duc, *op. cit.*, p. 68 pour la procédure de la prise à partie relative aux Conseils en pays hors chrétienté.

(91) *D.*, 1909-2-145 n. Lalou.

(92) Rouen 16 février 1910, *S.*, 1910-2-151.

(93) Cass., 1er juillet 1909. *S.*, 1910-1-197, contra sur les Chambres de notaires : Cass. 9 juillet 1913, *S.*, 1913-1-285.

(94) V. Vergne : « La responsabilité des membres du Ministère Public », *Thèse Strasbourg-Clermont-Ferrand*, 1942, p. 30 et s.

(95) Cass. 3 août 1874, *D.*, 76-1-197, *T.C.*, 25 mars 1889 Dufeuille.

compétence du Conseil d'Etat. N'admettre alors que la prise à partie serait quasiment conférer l'impunité aux Préfets (96) : au contraire, laisser jouer le droit commun comme le fait aujourd'hui la jurisprudence (97), peut avoir un intérêt si l'on songe aux atteintes graves à la liberté des citoyens qui peuvent résulter de l'exercice par les Préfets des pouvoirs que leur confère l'article 10 du Code d'instruction criminelle ;

4° Les Commissaires du Gouvernement auprès des Conseils de Guerre, qui ne sont pas des juridictions susceptibles de prise à partie ;

5° Les magistrats de l'Administration centrale du Ministère de la justice, lesquels ne sont assimilés aux magistrats du Parquet qu'en ce qui concerne leur avancement, et dont les fonctions sont uniquement administratives (98).

SECTION 4. — CAS DANS LESQUELS PEUT ETRE MISE EN MOUVEMENT LA PRISE A PARTIE

Etant acquis que la prise à partie est la seule voie par laquelle on puisse mettre en jeu la responsabilité personnelle des fonctionnaires judiciaires, tels que nous venons de les énumérer et de les définir, il reste à savoir dans quelle mesure leurs abstentions sont punissables.

Or, toutes les abstentions ne sont pas fautives, car l'article 505 du Code de Procédure civile énonce, de façon limitative (99), les hypothèses dans lesquelles la prise à partie peut être exercée.

Sous-Section 1. — Dol. — Fraude ou concussion

L'article 505 autorise d'abord la prise à partie dans le cas de dol, fraude ou concussion que l'on prétend avoir été commis dans le cours de l'instruction ou lors du jugement.

Le dol ou la fraude exigent nécessairement l'intention de nuire. Deux arrêts, à notre connaissance, relèvent de semblables faits. Mais, dans le premier, il s'agissait seulement d'autoriser une prise à partie, non de se prononcer définitivement sur l'indemnité et ce, à l'encontre d'un notaire suppléant un juge de paix comme président d'un Conseil de famille et qui, à ce titre, avait gardé le silence pendant un exposé faux et qu'il savait tel, fait par le père du mineur, son ami, de telle sorte qu'avait été opérée la restriction d'une hypothèque légale sur les biens du père, grevés déjà par l'inscription d'une hypothèque que connaissait le notaire (100). La seconde décision se contente également de décider que certains agissements d'un commissaire de police peuvent donner lieu à prise à partie (101). Mais, ni l'un ni l'autre arrêt, ne se prononce sur la condamnation des fonctionnaires judiciaires. Généralement, pour ne pas dire toujours, le dol sera diffici-

---

(96) C'est ce qu'avait pourtant décidé la C. Cass. 14 juin 1876, *S.*, 77-1-193.

(97) Req. 8 février 1876, *S.*, 1876-1-203, Cv. 3 novembre 1874, *S.*, 1875-1-193, Cv. 3 novembre 1924, *D.*, 25-1-35 n. Henry-Limoges, 30 avril 1937, *S.*, 1937-2-147, cf. Lautecaze : « Les pouvoirs de police judiciaire des Préfets », *Thèse Bordeaux* 1938, p. 42 et s. Dilhac : « Les pouvoirs de police judiciaire et d'instruction préparatoire des Préfets », *Thèse Rennes* 1937, p. 73 et s.

(98) Sur ce point cf. Vergne, *op. cit.*, p. 34, n° 22.

(99) *Cass.* 31 juillet 1850, *D.*, 1850-1-318.

(100) Cass. 28 octobre 1924 Pillau, *D.H.*, 1924-655.

(101) Paris 8 mai 1946, *D.*, 1946 J. 316.

lement admis : ainsi a été décidé que ne commettait pas de dol le juge d'instruction qui refusait de faire droit à une demande en liberté provisoire formée par un prévenu qui avait refusé de lui répondre et de donner son nom (102), ou qui avait refusé de donner à une infraction le sens que prétendait lui attacher la partie civile et qui, pour ces raisons, avait prononcé un non-lieu sur le rapport d'experts (103). De même, n'est pas coupable de dol le Conseiller rapporteur qui a visé des documents non communiqués à la Cour : l'intention dolosive ne pouvait être prouvée (104).

Nous ne connaissons aucun arrêt relatif au délit de concussion (art. 174-177 C. pénal) commis par un juge qui aurait reçu dse présents afin de s'abstenir d'agir. L'hypothèse paraît peu pratique, et en tout cas, la preuve difficile à rapporter (105).

Sous-Section 2. — Prise a partie expressément prévue par la loi

C'est la seconde hypothèse de l'article 505. La réforme de 1933 en a singulièrement élargi la portée, non dans le Code de procédure civile où l'article 505 reste solitaire, mais dans le Code d'intruction criminelle où le législateur s'est efforcé de remédier aux abus venant d'actes positifs portant atteinte à la liberté individuelle. C'est dire que les textes dans lesquels sont visées les abstentians sont extrêmement rares. On peut cependant citer :

Les articles 164 et 270 du Code d'instruction criminelle, mais de la lecture desquels il résulte que la prise à partie ne pourrait être exercée à l'occasion d''un simple retard apporté à la signature de la minute d'un jugement : il faudrait une négligence caractérisée imputable au magistrat. L'article 77 du même Code pour manquement aux formalités exigées par les articles 74 et 76 : mais encore ne s'agit-il que de formalités, dont la simple omission ne peut constituer une faute : le requérant doit rapporter l'existence d'un préjudice... ce qui n'a jamais été fait.

On ne peut qu'en dire autant de l'article 112 du Code d'instruction criminelle qui prévoit le manquement par les Greffiers, Juges d'instruction et Procureurs de la République, aux formalitésd des articles 91 et 111. Il faut un préjudice et une négligence comme le signalement insuffisant de l'auteur d'un attentat (article 95), ou un mandat d'arrêt ou de dépôt non précédé d'un interrogatoire (article 94), ou le non interrogatoire d'un inculpé dans les 24 heures de son arrivée à la maison d'arrêt : mais l'inculpé ne pourra agir que s'il est plus tard reconnu innocent et pour sa défense, il sera toujours possible au Juge d'instruction d'invoquer l'encombrement des affaires. En fin de compte, on en arrive à la nécesité du dol. Toutes les hypothèses sont si peu pratiques qu'il n'existe aucune condamnation de fonctionnaires judiciaires à ce titre. Il en est de même pour le cas où, contrairement à l'article 113 du Code d'instruction criminelle, le Juge d'instruction n'a pas accordé la mise en liberté provisoire quand elle était de droit.

---

(102) *C.* Paris 30 janvier 1836, Raspail, *S.*, 1837-2-67.
(103) Cass. 25 janvier 1921, *S.*, 22-1-197.
(104) C. Paris, 30 janvier 1936, précité.
(105) Cf. en matière voisine, un seul arrêt Cass. 2 avril 1896. *D.*, 96-1-440 admettant la récusation du juge dans le cas de l'article 378 C. pr. cv (juge qui a bu ou mangé chez une partie ou a reçu d'elle des présents, depuis le commencement du procès).

Sous-Section 3. — Fonctionnaires judiciaires déclarés responsables a peine de dommages et intérêts

Dans ces hypothèses, les magistrats peuvent être pris à partie et l'abstention pourra être sanctionnée :

— si un Juge de paix a laissé périmer une instance en négligeant de statuer définitivement dans les quatre mois du jugement interlocutoire, ou a violé les délais d'apposition des scellés (articles 15 et 298 du Code d'instruction criminelle).

— si un Garde champêtre a négligé de faire dans les 24 heures le rapport des délits (aritcle 7, sect. 8 T. 1. D. 28 septembre - 6 octobre 1891) ; si les procès-verbaux sont nuls pour affirmation tardive, pour défaut de remise dans les délais fixés par la loi, pour retard apporté dans leur rédaction (art. 24, L. 3 mai 1844, sur la chasse, art. 46, L. 15 avril 1829 sur la pêche, art. 15 et 20 C. I. C.). Il est à remarquer qu'il faut prouver la négligence alors que le seul fait d'omission, selon l'article 6 du Code Forestier, entraîne la responsabilité des Gardes forestiers.

— si, en contravention des articles 119 à 616 Code d'instruction criminelle, tous les officiers de police judiciaire dans le premier cas, le Ministère Public seul dans le second, ont été négligents, ou se sont refusés à toute action dès lors qu'une détention illégale avait été portée à leur connaissance. Mais il faut que la détention soit arbitraire et que le fonctionnaire en ait eu connaissance (la loi ne dit pas comment). On ne sait, au juste, ce que la loi l'oblige à faire : se rendre auprès du réclamant ou en référer au supérieur ? Et la loi ne dit rien sur l'attitude de ce dernier. Voilà donc qui réduit singulièrement la portée pratique de ces dispositions. D'autant plus qu'elles sont d'interprétation stricte et ne doivent pas être étendues par analogie à d'autres situations (106). Nous ne connaissons pas, quant à nous, un seul arrêt autorisant la prise à partie contre un fonctionnaire judiciaire qui aurait refusé de déférer à une réquisition à laquelle une loi, claire et précise, l'obligeait d'optempérer sous peine de dommages et intérêts (107).

Sous-Section 4. — Le déni de justice

Nous nous trouvons ici devant une hypothèse très spéciale, la plus grave, puisqu'il s'agit du refus de rendre la justice.

Le déni de justice résulte de la combinaison de l'article 506 du Code de Procédure civile et de l'article 4 du Code civil. Aux termes de ces articles, commet un déni de justice, le juge qui refuse « de répondre les requêtes », néglige de juger les affaires en état et en tour d'être jugées, ou refuse de statuer sous prétexte de silence, d'obscurité ou de l'insuffisance (108) de la loi.

Il ressort clairement de ces notions qu'il ne peut y avoir déni de justice là où un Tribunal se refuse à juger parce qu'il est incompétent. C'est ainsi que n'a pas commis un déni de justice, le Tribunal de commerce qui, quoique compétent « ratione materiæ » n'a pas voulu statuer sur une affaire au sujet de laquelle les parties avaient au préalable décidé d'un commun accord de ne pas invoquer l'incompétence « ratione personæ »

---

(106) Cass. 31 juillet 1850, *D.*, 1850-1-318.
(107) Cass. 28 mai 1879, *S.*, 1879-1-146.
(108) L'art. 4 C. cv. s'oppose donc à la maxime « nulla poena sine lege » : il ne peut recevoir d'application sur ce point en matière pénale.

du tribunal (109). Si en vertu de l'article 7 du Code de Procédure civile, lorsque les parties se présentent volontairement devant le Juge de paix, qui n'est leur juge normal, ni à raison du domicile du défendeur, ni à raiosn de la situation de l'immeuble litigieux, le Juge de paix doit cependant juger leur différend, ce texte ne peut être étendu aux autres Tribunaux, « attendu qu'aucune loi n'oblige un Tribunal à juger des parties qui ne sont pas ses justiciables, alors même qu'elles auraient consenti à être jugées par lui » (110).

Cet aspect du déni de justice permet de le distinguer de situations voisines. Le conflit négatif consistant essentiellement en une double déclaration erronée d'incompétence d'un Tribunal de l'ordre judiciaire et d'un juge administratif, n'est donc pas un déni de justice. Les deux autorités se sont dessaisies, l'une d'elle à tort, définitivement du même litige : en fait, cela aboutit à l'impossibilité de voir reconnu son droit, mais le juge n'a refusé de statuer que parce qu'il se croyait incompétent. Il s'agit de trancher une question de compétence : ce à quoi sert la procédure du conflit négatif devant le Tribunal des Conflits. Depuis, la loi du 30 avril 1932, celui-ci peut être appelé à juger au fond, lorsqu'on se trouve en présence de contrariétés de décisions aboutissant à un déni de justice. Mais ce terme est ici improprement employé. Car, lorsque les Tribunaux judiciaires et administratifs ont rendu, sur une même affaire, des décisions contradictoires au fond, les premiers décidant qu'un même dommage était exclusivement imputable à la faute de l'Administration, les autres à la faute d'un particulier, il y a évidemment un Tribunal qui se trompe. Eu enfin de compte, la victime n'obtient pas la réparation à laquelle elle a droit : il y a injustice, mais non déni de justice — celui-ci n'étant qu'une forme de l'injustice — car les divers juges ne se sont pas refusés à statuer (111).

Il n'y a déni de justice que lorsque le juge a refusé de statuer sur les conclusions déposées par les partis, qui, on le sait, lui tracent les limites de sa sentence. Il doit pour cela vider toute contestation qui lui est soumise conformément aux lois qui régissent la matière, même si l'application de celles-ci n'a pas été expressément requise par les parties. Mais encore, faut-il préciser que si le juge a simplement omis de statuer sur l'un des chefs de la demande, on n'a pas motivé sa décision, de pareils manquements ouvrent seulement la voie à la requête civile et non à la prise à partie. Le déni de justice n'est consommé qu'à partir du moment où le juge ne statue sur aucun des chefs, c'est-à-dire refuse de se prononcer.

Car ainsi le juge viole la loi du service public de la justice, qui consiste à permettre à tous les individus se trouvant dans la situation prévue par la loi, de mettre en mouvement à leur profit, ce service qui doit leur assurer une prestation d'une nature particulière : le jugement. Le justiciable comme l'administré pos-

---

(109) Cass., 11 mars 1807. Répertoire Merlin, V° Prorogation de justice, III.

(110) Cass. 11 mars 1807, *S.*, 1807-1-73. Il arrive cependant que le terme de déni de justice soit appliqué au refus de statuer d'un tribunal qui s'est déclaré à tort incompétent. V. par ex. *C.E.*, 23 juin 1911. Concl. Rouchon-Mazerat. Mais c'est là une impropriété de terme.

(111) Il peut être parfois délicat de distinguer conflit négatif et contrariété de jugement : sur ce point, cf. P. Huet n. sous *T.C.*, 2 juin 1954 Epoux Cuvilier, *S.*, 1946-3-61.

sède non un droit subjectif, mais le pouvoir légal, impersonnel, objectif, d'user du service public de la justice (112).

Ce manquement grave aux obligations du juge, le législateur a parfois essayé de le prévenir. En premier lieu, en prescrivant aux tribunaux de statuer dans un certain délai (113) : mais cela n'est pas efficace, car il n'est pas de sanction spécialement organisée, et l'on ne pourrait prononcer la nullité d'une procédure, sans faire subir un dommage à l'une des parties, alors que la faute incombe au Tribunal (114). Un autre sanction préventive consiste à prévoir l'absentéisme personnel des juges, à faire en sorte qu'un tribunal puisse toujours siéger au complet. Le Code de Procédure civile a minutieusement règlementé les modes de constitution des tribunaux, et l'absenteisme des juges se trouve ainsi presque toujours prévenu (115). Toutefois, lorsqu'on a affaire non plus à des juges professionnels, mais à des juges occasionnels, la situation peut être tout autre. Après l'établissement des tribunaux paritaires de baux ruraux, on s'est aperçu que, par suite de l'absence continuelle d'assesseurs, bailleurs ou preneurs, due soit à l'urgence des travaux agricoles, soit au désir de boycotter cette institution, afin de faire pièce aux prétentions de certains justiciables, ces tribunaux étaient dans l'impossibilité juridique de fonctionner. Aussi intervint la loi du 19 avril 1947 qui décida que lorsqu'après deux convocations à 15 jours d'intervalle, les Tribunaux paritaires, cantonnaux ou d'arrondissement, ne pouvaient se trouver au complet, le Président statuerait seul après avoir pris l'avis des assesseurs présents (116). Mais cela ne supprime cependant pas toute possibilité de déni de justice : on a vu, en effet, des présidents de tribunaux paritaires refuser de statuer dans les conditions prévues par la loi de 1947.

La sanction du déni de justice correspond donc à une nécessité. Malheureusement la prise à partie n'est possible que suivant une procédure spéciale qui rend la responsabilité du juge assez illusoire (art. 507-508 du Code de Procédure civile).

Pour constater le déni de justice, il faut, en effet, deux réquisitions faites au juge en la personne du greffier, non du juge (117), signifiées de trois jours en trois jours, au moins pour les juges de paix, de huit en huit jours pour les autres juges. Une fois ces réquisitions faites — et les huissiers ne peuvent s'y refuser sous peine d'interdiction — le juge pourra être pris à partie. Mais la formalité des réquisitions ne permet pas de se passer de l'autorisation préalable du Tribunal devant lequel la prise à partie sera portée : ceci a pour but de permettre au juge de trancher le débat sans déni de justice jusqu'au moment où l'autorisation

---

(112) Cf. Jèze : « Principes généraux du droit administratif », 3e édit., T. 3, p. 3, 11 et s.

(113) Ainsi art. 22 ter ord. 17 octobre 1945 : les actions en révision des beaux ruraux après la parution des contrats-type doivent être exercées dans le mois de cette parution et le tribunal paritaire doit statuer dans le délai de deux mois.

(114) Wahl. n. sous Cv. 11 juillet 1912, *S.*, 1914-1-41.

(115) N'est pas un déni de justice la déclaration du juge qui en vertu de l'article 380 Proc. Cv. annonce à ses collègues qu'ayant connaissance d'une cause de récusation, ou ne se sentant pas en conscience capable de juger impartialement, il s'abstiendra de juger : le tribunal apprécie souverainement les motifs qu'il invoque, sa décision n'étant soumise à aucune voie de recours, ni à aucune forme : Cass. 1er juillet 1893, *D.*, 1895-1-54, 21 décembre 1907, *S.*, 1911-1-428

(116) Cf. Commentaire H. Desbois au *D.*, 1947 L. 217 et 220 in fine.

(117) Req. 9 février 1866, *D.*, 1886-1-400.

aura été donnée et connue de lui (118). Ce qui interdit donc de penser, contrairement aux désirs de certains auteurs (119), que tous les retards de juge sont constitutifs au déni de justice.

Dénier la justice consistant à refuser de rendre la justice, le déni de justice ne peut être commis que par un magistrat de jugement, étant donné que ce n'est pas un déni de justice que de refuser de prêter main-forte à une saisie (120), non plus que de refuser d'exécuter une décision de justice (121). De telle sorte que : « le déni de justice... consistant dans le refus de répondre aux requêtes ou aux réquisitions découlant d'un mandement de justice, ne concerne que les juges proprement dits, à l'exclusion des officiers du Ministère Public » (122). Solution qui, a fortiori, doit être étendue aux officiers de police judiciaire.

La question s'est posée de savoir, si les juges d'instruction pouvaient commettre des dénis de justice. Il semble que oui, parce qu'ils dirigent une juridiction d'instruction et qu'à ce titre, ils rendent des jugements sans forme d'ordonnances. Ils peuvent fort bien négliger de juger les affaires en état : lenteur dans l'instruction, ordonnances non rendues, ou rendues, sans motifs. Il y a bien un contrôle du Parquet, mais il n'est pas sur qu'il soit efficace. Aussi doit-on, à notre sens, décider que le Juge d'instruction pourra être mis en demeure de clore l'instruction et de statuer sur le non-lieu ou le renvoi devant la Chambre des Mises ou le Tribunal de simple police, surtout si la plainte a été accompagnée d'une constitution de partie civile (123).

Mais nous n'avons relevé aucun arrêt se prononçant sur le déni de justice des juges d'instruction, alors que l'on trouve quelques décisions concernant les magistrats de jugement.

Ainsi, il a été reconnu explicitement ou implicitement un déni de justice dans les cas suivants : lorsqu'un tribunal accueille l'action publique et ne statue pas sur l'action civile, quand une partie civile figure au procès (124) ; lorsqu'un juge de simple police n'a pas statué sur toutes les contraventions révélées par un procès-verbal dont il était saisi (125) ; lorsqu'un Tribunal correctionnel a refusé de statuer sur les délits dont il connaissait, sous prétexte d'indivisibilité avec un crime dont l'existence n'était pas démontrée (126) ; lorsqu'un Tribunal répressif, pour relaxer un prévenu, déclare que le doute doit profiter à l'inculpé, alors que le doute du juge n'a porté que sur le sens exact d'une disposition législative ou règlementaire, c'est-à-dire sur la solution qu'il devait donner à une question de droit (127) ; lorsqu'un juge invite le Ministère Public à produire la loi qui prononce la peine

---

(118) Montpellier 31 mars 1933, *D.H.*, 1933-341. Req. 22 novembre 1932, *S.*, 1933-1-60.
(119) Bidermann, *Thèse Dijon* 1911, p. 232.
(120) Cass. 9 décembre 1919, *S.*, 1920-1-101.
(121) Limoges 24 mars 1923, *S.*, 1923-2-133.
(122) Aix 24 juin 1929, *G.P.*, 1929-2-977.
(123) Sur ce point cf. Garraud, Instruction Criminelle, T. 3, p. 26.
(124) Crim. 11 juillet 1823 Rep. Dalloz. Presse. Outrage n° 1551-2.
(125) Crim. 20 février 1862, *D.*, 1863-1-221.
(126) Aix 25 juillet 1874, *D.*, 1875-2-229 statuant sur renvoi C. Cass. 24 avril 1874, *D.*, 75-491.
(127) Crim. 22 novembre 1872, *D.*, 1872-1-429, 28 juin 1912, *D.*, Repert. prat. v° jugements et arrêts n° 1081, 24 janvier 1936, *D.*, 1936-3-60 n. P. Mimin, 21 octobre 1942, *D.A.*, 1943-4 ; ceci n'autorise cependant pas le juge à suppléer aux lacunes d'un texte légal : Trib. Cv. de Joigny 4 septembre 1946, *D.*, 1946, *S.*, 411.

qu'il requiert (128) ; lorsqu'un juge surseoit à statuer jusqu'à ce qu'un autre juge saisi de la même question ait fait connaître sa doctrine (129) ; lorsqu'un juge commet un expert pour décider d'un point de droit (130) ; lorsqu'un juge surseoit à statuer jusqu'à ce que l'Administration interprête un règlement, alors qu'il est compétent pour ce faire (131).

Mais peut-on dire que toutes les abstentions des juges soient constitutives du déni de justice ?

La jurisprudence estime qu'il n'y a pas de déni de justice lorsque le refus de juger consiste en un acte d'administration intérieure : tel le refus de juger formulé par l'Assemblée générale d'une Cour d'appel qui, en raison de sa composition, était en nombre insuffisant pour statuer ; sa décision n'est dès lors pas soumise aux conditions de forme ou de nombre exigée par les décisions contentieuses (132).

Il n'y a pas non plus de déni de justice lorsque le juge refuse de se prononcer pour le motif qu'il n'y a pas de différend à trancher, étant donné que « les tribunaux ne sont pas institués pour donner des consultations, mais pour trancher des différends » (133).

Prise au pied de la lettre, cette formule paraît signifier que ne commet pas un déni de justice, le juge qui refuse d'accomplir un acte de juridiction gracieuse, c'est-à-dire un acte qui n'a pas pour but de trancher un litige.

Mais, en réalité, la jurisprudence garcieuse ne consiste pas à investir le juge d'une mission de consultation. Le requérant agit pour voir judiciairement autorisé l'exercice d'un droit, ou homologué un accord de volontés. Très souvent, d'ailleurs, le recours au juge est obligatoire et le juge jouit d'un véritable pouvoir discrétionnaire d'appréciation. Certes, l'autorité de la chose jugée n'est pas reconnue aux décisions gracieuses. Mais, de plus en plus, doctrine et jurisprudence civiliste admettent la possibilité d'exercer contre elles les voies de recours ordinaires (134). Aussi, ne peut-on, a priori, tirer argument de ce que la prise à partie est une voie de recours contre les jugements, pour se refuser à voir un déni de justice dans l'abstention du juge en matière de juridiction gracieuse.

Les auteurs ne sont pas d'accord pour reconnaître le caractère juridictionnel ou administratif aux actes de juridiction gracieuse. Nous ne croyons cependant pas utide de prendre position sur ce problème délicat dont les données et les solutions sont incertaines. Et il ne nous paraît pas que la jurisprudence ait jamais voulu le poser : pour elle, la prise à partie joue pour tous les actes commis par des magistrats dans l'exercice de leurs fonctions (135). On a cependant fait état d'une décision par laquelle il avait été jugé que la prise à partie ne pouvait être

---

(128) Trib. Cass. sect. Crim. 28 Frimaire an VIII, *D.*, Jurisprudence Générale V° Déni de justice n° 12.

(129) Cass. 7 juillet 1838, *op. cit.*, eod. verbo, eodem loco.

(130) Cv. 8 avril 1935, *D.*, 1935-1-94 n. P. Mimin.

(131) Crim. 17 janvier 1914, *D.*, 1914-1-144.

(132) Req. 8 juin 1932, *D.H.*, 1932-377.

(133) Trib. Cv. Seine 3 décembre 1924, *D.H.*, 1925-153.

(134) Cf. Japiot : « Jurisprudence française en matière de procédure civile ». *Revue Trimestrielle de droit civil* 1912, p. 771 et s. Cheron n. au *D.* 1932-2-44.

(135) C. Pau 10 décembre 1891, *S.*, 1893-2-35. Tribunal suprême de Cologne 21 juin 1898, *S.*, 1901-4-5.

intentée à l'occasion d'un acte de déport aux termes duquel un magistrat avait manifesté son intention de ne pas siéger dans une affaire (136). Mais cette décision n'a pas la portée qu'on veut lui attribuer : l'arrêt relève, en effet, que l'acte de déport est étranger à l'instruction de l'affaire et que la circonstance que le magistrat a utilisé dans cet acte des expressions injurieuses ou diffamatoires n'influe en rien sur la question, cet acte ayant, en effet, un caractère confidentiel. Il ne s'agit donc là que d'administration intérieure du service de la justice. Or, si l'on veut attribuer à la juridiction gracieuse la nature administrative, force est de reconnaître en même temps qu'il s'agit d'un acte d'administration externe. Le déni de justice doit donc, en pareil cas, sanctionner l'abstention du juge. Rien, en effet, dans les textes ne permet de dire qu'il est fait une distinction entre juridiction contentieuse et gracieuse. Surtout si l'on songe qu'à l'époque de la rédaction des Codes civil et de procédure, la distinction des deux notions n'étaient pas parfaitement dégagée.

Par l'action en justice, les justiciables ont le pouvoir légal d'exiger le fonctionnement à leur profit du service judiciaire, dès lors que celui-ci est compétent pour statuer. Peu importe la nature de la question qui lui est posée, peu importe la nature de l'acte de juridiction. Le juge doit statuer dès qu'il est compétemment saisi — encore plus si les parties sont obligées d'avoir recours à lui. Affirmer le contraire, serait lui reconnaître un pouvoir discrétionnaire bien plus grand que celui de l'administrateur dont la loi sanctionne, ainsi que nous l'avons vu, le silence (137).

Nous sommes cependant sans illusion sur la portée de la solution que nous proposons. Car, le déni de justice n'est qu'une sanction théorique. Si beaucoup de décisions en prononcent le nom, nous n'en connaissons pas une seule qui ait abouti à la condamnation d'un juge. Les particuliers peuvent utiliser, en effet, des voies de droit efficaces pour faire réformer une décision entachée de déni de justice (car le déni de justice à l'état pur est difficilement réalisable) : l'appel et la cassation offrent plus de garanties que la prise à partie, et, en fin de compte, peu importe le déni de justice, si la décision peut être réformée par un autre juge. Mieux vaut pour le justiciable être nanti d'un jugement favorable que d'une créance de dommages et intérêts contre un juge.

Sous-Section 5. — La faute lourde professionnelle

Les quatre précédents cas d'ouvertures de la prise à partie, très limités ou difficilement déterminables dans le fouilli des textes, ne permettent que peu la mise en œuvre de la responsabilité des fonctionnaires judiciaires. Aussi, a-t-on pensé qu'en autorisant la prise à partie pour faute lourde professionnelle, faute non incluse dans un texte pour un acte spécial, on élargirait cette responsabilité. La loi de 1933 a donc ajouté ce nou-

---

(136) C. Toulouse 24 juillet 1884, *S.*, 1886-2-94.

(137) Cf. Guilmard : « De la notion de juridiction gracieuse en droit français », *Thèse Caen* 1913, p. 30. Merle : « Essai de contribution à la théorie générale de l'acte déclaratif », *Thèse Toulouse* 1948, p. 108 qui tous deux estiment que le déni de justice s'applique à l'abstention du juge en matière gracieuse. Cf. aussi Hébraud *D.*, 1946 L. 333.

veau cas à ceux prévus par l'article 505 (138). On voulait se prémunir contre les atteintes à la liberté individuelle et pallier la jurisprudence qui refusait d'assimiler la faute lourde du dol.

Mais il ne semble pas qu'il faille voir dans cette faute lourde professionnelle l'équivalent de la faute personnelle des fonctionnaires administratifs qui, en certains cas, peut être une faute légère. Toutefois, en matière d'abstention, il peut y avoir correspondance : nous verrons, en effet, que la jurisprudence n'admet le plus souvent la responsabilité personnelle des fonctionnaires qu'au cas de faute lourde (139). La tonion de faute lourde est malheureusement assez imprécise, du moment qu'elle ne peut être nécessairement définie comme le manquement à une obligation légale, mais seulement comme une faute impardonnable, inexcusable pour le magistrat moyen, ce qui est bien vague (140).

Cependant la notion de faute lourde professionnelle peut permettre de sanctionner les abstentions d'un assez grand nombre de fonctionnaires judiciaires à l'égard desquels, vu l'étroitesse des cas d'ouverture de la prise à partie, cette procédure ne serait pas applicable. Il s'agit surtout des officiers de police judiciaire, et au premier chef des magistrats du Ministère public.

Pour ceux-ci il est, en effet, un assez grand nombre de textes qui les obligent à agir à la réquisition des simples particuliers, sans que la prise à partie soit formellement prévue à titre de sanction de leur inaction. La faute lourde professionnelle a donc, en ces hypothèses, un rôle à jouer.

C'est ainsi que l'article 358 du Code d'instruction criminelle oblige le Procureur général, sur réquisition de l'acquitté, à lui faire connaître ses dénonciateurs — que l'article 217 du même Code oblige le Procureur général à mettre les affaires en état dans les cinq jours de la réception des pièces et de faire son rapport dans les cinq jours suivants au plus tard : sinon cela peut prolonger la détention préventive du prévenu, renvoyé devant la Chambre des mises en accusation, ce qui est grave si, ensuite, la Chambre le déclare innocent — que l'article 127 du Code d'instruction criminelle oblige le Procureur de la République, une fois la procédure terminée, à adresser ses réquisitions dans les trois jours (141).

En matière civile, l'inaction du Parquet peut être aussi préjudiciable aux justiciables. L'article 46 de la loi du 20 avril 1810 prévoit, en effet, que le Ministère Public peut, en matière civile, agir d'office dans les cas spécifiés par la loi. S'il ne s'agit que de questions d'ordre privé où le plus souvent il y a action concurrente des intéressés et du Ministère Public (art. 76, 112, 114 C. civ.) ou de question d'ordre public (art. 49-53 C. civ.), l'inaction du Ministère Public ne peut jamais être fautive. Il en est autrement lorsque, à propos d'intérêts privés, l'action appartient uniquement au Ministère Public ; tel le cas prévu par l'article 200 C. civ. afin d'éviter les collusions entre les héritiers et les personnes intéressées à se procurer la preuve d'un mariage qui n'a

---

(138) Sur la non rétroactivité de la loi de 1933, cf. Req. 13 mars 1939, *S.*, 1939-1-160.

(139) V. *infra*, p. 447 et s.

(140) Tous les auteurs sont d'accord pour décider que la faute lourde doit l'être particulièrement mais ils ne précisent pas davantage. Goyet : « Lois nouvelles », 1933, p. 221. Henry, *D.H.*, 1933, Chr. p. 103.

(141) Sur le pouvoir discrétionnaire des Parquets, en matièr de mise en mouvement de l'action publique, v. *infra*, p. 515.

jamais existé ; les héritiers ne peuvent agir à la place du Ministère Public, l'inaction de celui-ci peut être constitutive d'une faute lourde professionnelle. Une semblable obligation d'agir paraît exister en matière d'hypothétique légale ,art. 2138-2145-2195 C. civ. — 692 C. proc. civ.) d'internement d'un furieux (art. 491 C. civ.) ou d'un aliéné (art. 34, L. 30 juin 1838).

Mais c'est surtout à propos de l'inexécution par le Ministère Public des décisions de justice à laquelle la loi du 20 avril 1810 (art. 46) lui fait une obligation de prêter la main, que pratiquement l'inaction du Parquet a été le plus fréquemment mise en cause ces dernières années.

Nous avons déjà vu qu'en matière d'exécution forcée par l'Administration des décisions de justice, le nombreuses circulaires étaient intervenues pour prescrire aux autorités compétentes d'atermoyer avant d'accorder le concours de la force publique. Si pratiquement cela heurte les intérêts des justiciables, il y a cependant là que la reconnaissance du droit de l'Administration d'apprécier les mesures que comportent les nécessités de l'ordre public. Mais le procédé est bien plus choquant lorsqu'il s'agit de circulaires du Garde des Sceaux qui prescrivent au Ministère Public, pourtant chargé de tenir la main à l'exécution des jugements, de s'opposer à cette exécution.

C'est ainsi qu'une circulaire de M. Marc Rucart, Garde des Sceaux, en date du 8 juin 1936, avait prescrit aux membres du Parquet d'exercer un contrôle vigilant sur toutes les procédures d'exécution et de prendre les mesures qui s'imposaient pour faire surseoir, dans l'esprit le plus libéral aux expulsions et aux actes d'exécution forcée sur les biens des débiteurs les plus malheureux. Ceci eut pour résultat que les huissiers, une fois constaté l'échec de leur mission, transmirent toutes les pièces justificatives de procédure au Parquet qui procédait à une enquête sur la situation du justiciable condamné et n'accordait que rarement un visa pour exécution (142). C'était là usurper la compétence des Tribunaux qui avaient déjà pu apprécier s'il convenait d'accorder un délai de grâce aux débiteurs, et la compétence de l'Administration, seule susceptible de se prononcer sur les dangers présentés pour l'ordre public par l'exécution forcée des décisions de justice.

Une circulaire de M. Barthélémy, Garde des Sceaux, en date du 22 février 1941, revint à une conception plus saine, rappelant au Ministère Public quel était son véritable rôle, et ne lui permettant de se saisir des affaires d'exécution que lorsqu'il se présenterait une situation juridique confuse. Après la Libération, on revint aux errements de 1936 (circulaire du 29 juillet 1946) : ce n'est que depuis une circulaire du Ministère de l'Intérieur du 20 janvier 1947 qu'a été réaffirmé avec force que l'autorité devait assurer l'exécution des décisions de justice : une circulaire de M. Marie, Garde des Sceaux, en date du 20 mai 1947, a transmis cette circulaire du 20 janvier aux Parquets. A l'heure actuelle, les Parquets se considèrent seuls compétents (et en cela s'opposent aux Préfectures), pour se prononcer sur l'opportunité de l'exécution des décisions de justice.

---

(142) Sur ce rôle du parquet, v. Lallemand : « Exécution des jugements intervenus à l'encontre des débiteurs et locataires », *Thèse Nancy* 1939. Donval : « Le refus des autorités publiques de déférer à la formule exécutoire », *Thèse Rennes*, 1939.

Bien que la pratique du visa des Parquets soit condamnée, l'exécution des décisions de justice est toujours chose malaisée. D'une façon ou d'une autre, le Ministère Public comprend toujours son droit de surveillance sur l'exécution des jugements comme un droit de s'opposer à cette exécution.

Aussi, n'est-il pas étonnant que les justiciables aient assayé de recourir contre ce refus d'action du Parquet tout aussi préjudiciable que celui qui émane des autorités administratives. Il leur est impossible d'agir directement en responsabilité contre l'Etat (143). Seule la voie de la prise à partie leur est ouverte.

Mais les paragraphes 2 et 4 de l'article 505 ne visent pas l'inexécution des décisions de justice et l'on ne peut assimiler le refus d'interpréter la loi dans un sens autre que le Garde des Sceaux, dont les circulaires préconisent l'inexécution du jugement, au refus d'une réquisition à une loi claire et précise, ce qui ferait jouer le paragraphe 3 de l'article 505. Enfin, on ne peut dire que le Parquet commet nécessairement un dol ou une concussion.

Force est donc de se rattacher à une faute lourde. Mais bien des espoirs ont été brisés par un arrêt de la Cour de Limoges (144) qui décida que le Parquet n'avait pas commis une faute lourde professionnelle en refusant d'exécuter une décision de justice parce qu'il avait obéi aux prescriptions du Garde des Sceaux qui étaient pour lui impératives.

On ne peut malheureusement rien dire contre cet arrêt, car les circulaires des Gardes des Sceaux sont indéniablement légales et approuvées par une bonne part de l'opinion (145). Ce n'est pas une faute lourde que d'essayer de protéger l'ordre public, même au détriment des droits de certains : il en serait autrement peut-être si le Parquet avait fait un détournement de pouvoir, utilisé ses pouvoirs pour nuire aux justiciables, mais alors nous en reviendrons à l'hypothèse du dol, et la jurisprudence relative à la prise à partie en la matière, nous laisse sceptique sur les possibilités d'avenir du premier paragraphe de l'article 505 du Code de Procédure civile.

Deux arrêts postérieurs (146) se sont aussi refusés à voir une faute lourde professionnele dans le retour apporté par un juge de paix à la solution d'une affaire, qui avait amené le demandeur à voir son action prescrite. Un juge de paix saisi d'une déclaration d'accident du travail quelques jours avant que la prescription soit accomplie, ordonne une enquête, un certificat médical n'ayant pas été joint à la déclaration d'accident, la cause de celui-ci paraissant étrangère au travail et la victime ayant déjà engagé une action de droit commun contre le tiers responsable. Or, pendant ces délais, l'action se prescrit. Le demandeur s'estimant spolié par la carence du juge de paix, le prend à partie pour faute lourde professionnelle. La Cour de Riom rejette sa

---

(143) *C.E.*, 2 décembre 1931 Margot 1055, 11 mai 1934, Sages, *D.H.*, 1934 353.

(144) 30 avril 1937, *G.P.*, 1937-2-242 cf. Colmar 2 mars 1938, *D.*, 1940-2-14 n. Appleton.

(145) On ne peut soutenir (Bodin : Les grèves avec occupation », *Thèse Aix* 1938, p. 244) que la faute du Parquet réside dans une désobéissance à la formule exécutoire, c'est-à-dire à un ordre du Chef de l'Etat, car ainsi que nous l'avons vu (v. *supra*, p. 210) l'exécution est due non en raison de la formule exécutoire, mais en raison du jugement même.

(146) Riom 23 mars 1938, *S.*, 1938-2-225 n. Cousteaud. Req. 1er juillet 1941, *S.*, 1941-1-181.

demande, motif pris de ce que le demandeur avait tardivement présenté sa déclaration d'accident du travail et qu'à ce titre, il aurait dû, sachant que la prescription risquait d'être acquise de façon imminente, surveiller la procédure, exiger l'ouverture d'une enquête d'urgence et engager devant le Tribunal civil une action contre l'employeur, en paiement de rente, ce qui aurait interrompu la prescription. Certes, l'arrêt révèle que le juge de jaix a commis des fautes professionnelles : il aurait dû, en effet, savoir que c'était au Tribunal civil, non à lui d'apprécier le caractère de l'accident et qu'en l'espèce, il était de jurisprudence constante que de tels faits constituaient des accidents du travail ; en outre, il ne pouvait se refuser à statuer pour le motif qu'une action était engagée par ailleurs contre le tiers responsable, car l'article 7 de la loi du 2 avril 1898 ne s'oppose nullement à l'exercice cumulé de ces actions. Mais, compte tenu des fautes de la victime et de la tache particulièrement ingrate du juge unique, la Cour a jugé que ces fautes professionnelles n'étaient pas des fautes professionnelles lourdes.

« Pour qu'il y ait faute lourde », dit la Cour de Riom, « il n'est pas nécessaire qu'il y ait faute intentionnelle ou inexcusable... il suffit que le juge ait commis une néligence particulièrement grave ou une erreur grossière qu'un magistrat, normalement soucieux de ses fonctions, n'aurait pas commise ». Point de vue qui a été ainsi confirmé par la Chambre des requêtes : « Attendu que la Cour d'appel a relevé à bon droit la faute professionnelle commise par le Juge de paix en n'ouvrant pas l'enquête avant l'expiration du délai de prescription, mais qu'elle a pu ne pas qualifier de lourde une faute professionnelle imputable, non à son mauvais vouloir ou à sa négligence, mais essentiellement à une appréciation erronée des règles de la loi du 9 avril 1898 ».

De l'examen de ces trois arrêts, il résulte que :
— l'instruction du Garde des Sceaux couvre le Parquet ;
— l'erreur de droit en tant que telle ne constitue pas une faute lourde ;
— la faute de la victime peut, dans certaines conditions, compenser celle du juge.

Nous ne reviendrons pas sur ce que nous avons dit concernant l'inaction du Ministère Public. Il est seulement permis de douter qu'elle puisse jamais constituer une faute professionnelle lourde. Mais il y a beaucoup à dire sur l'arrêt de la Cour de Riom et sur celui de la Chambre des requêtes. On peut reconnaître le rôle ingrat des juges, de plus en plus rendu tel par une législation monstrueusement proliférante et incohérente. Mais il est paradoxal d'imputer à faute les erreurs de droit commises par les simples particuliers, et d'en absoudre le juge dont personne n'est responsable du manque d'éducation professionnelle.

Qui est ici responsable sinon l'Etat qui, en offrant des traitements misérables, ne peut recruter un personnel suffisant en nombre et en qualité, auquel il impose une tâche de plus en plus lourde, tant en raison des défectuosités et obscurités de la législation, qu'en raison de la besogne accrue de certains magistrats, tels les juges de paix, qui, à l'heure actuelle, voient leur juridiction s'étendre sur plusieurs cantons ?

On est en droit de se demander quels peuvent être les faits constitutifs de cette faute lourde professionnelle, si les erreurs

grossières de droit ne rentrent pas en ligne de compte, alors que toute la fonction du juge consiste à dire et à appliquer le droit.

De telle sorte qu'il est légitime d'estimer que la réforme de 1933 n'aura guère rendue plus efficace la procédure de la prise à partie.

SECTION 5. — EFFICACITE DE LA PRISE A PARTIE

L'effet normal de la prise à partie est la condamnation du fonctionnaire judiciaire à des dommages et intérêts. Mais la loi qui en a règlementé si minutieusement la procédure, ne donne aucune indication sur le mode de calcul de l'indemnité, les articles 112 et 117 du Code Pénal se contentant d'infliger au fonctionnaire coupable, dans des hypothèses limitées, des amendes au taux ridicule (157).

Il est un autre effet de la prise à partie sur lequel on discute beaucoup et discutera longtemps : car, en raison du flou de la loi, il y a des chances pour que jamais la jurisprudence ne se prononce sur la question. Il s'agit du sort du jugement vicié par le dol ou la faute du juge. La prise à partie figure, en effet, dans la partie du Code de Procédure, intitulée « Des voies de recours extraordinaires pour attaquer les jugements ». Remarquons dès l'abord que tous les actes des fonctionnaires judiciaires qui en sont susceptibles, ne sont pas des jugements, et qu'en conséquence, la prise à partie ne se confond pas nécessairement avec la notion de voie de recours — et ensuite, qu'en la matière des abstentions, le problème ne présente qu'un intérêt mince, puisque la majorité des abstentions des fonctionnaires judiciaires, ne sont pas le fait de magistrats de jugement et que lorsqu'il y a déni de justice, les voies de recours ordinaires, ainsi que nous l'avons vu, assurent une protection efficace des justiciables.

Aussi, serons-nous particulièrement brefs sur cette question, nous contentant d'exposer les diverses solutions préconisées par les auteurs.

Pour certains, la chose jugée doit demeurer, même viciée, même si le dol résulte de la collusion du juge avec une des parties. Mais c'est alors laisser subsister un jugement dolosif ? Par ailleurs, des dommages et intérêts ne répareraient que de façon très insuffisante le préjudice subi, si le jugement subsistait. Enfin, ainsi que l'a fait remarquer M. Japiot (158), le désaveu d'un officier ministériel pouvant faire tomber un jugement qui a acquis autorité de chose jugée, alors que cependant le Code n'a pas rangé le désaveu parmi les voies de recours, pourquoi ne pas admettre que la prise à partie puisse, elle aussi, faire tomber le jugement ?

Mais on ne peut dire que si la prise à partie est reconnue fondée, le jugement tombera de plein droit, car il faut entendre l'autre partie. Et le Tribunal ne peut lui-même reviser le jugement, aucun texte ne l'y autorisant (toutefois, dans cette hypo-

---

(157) La prise à partie obéit aux conditions de fond de toute action en responsabilité : elle n'est recevable que si le requérant allègue l'existence d'un préjudice du fait de l'attitude des fonctionnaires judiciaires. Req. 26 mars 1935, *D.H.*, 1935-285.

(158) Précis de Procédure Civile, p. 561, n° 862 et p. 569 n° 873.

thèse, la voie de la tierce opposition resterait probablement ouverte à l'autre partie).

Les ressources des procédures de droit commun auxquelles pourrait donner recours la prise à partie apparaissant bien maigres. En effet, les délais d'appel sont brefs, et l'on ne voit pas comment la découverte du dol pourrait les prolonger. Il en serait de même au cas de requête civile (dol du juge et collusion avec l'autre partie) ; car le délai court à partir du jour où l'on a appris le dol (159) et non du jour où a été rendu le jugement sur la prise à partie. En conséquence, le requérant risque d'être le plus souvent forclos.

Le droit positif n'offre guère d'espérance au justiciable. En effet, il peut intenter une poursuite en forfaiture devant la Cour de cassation (art. 486 C. I. C.) : mais aucun texte n'autorise à faire annuler une décision pour ce motif. Le pourvoi en revision n'est pas utilisable, car il sert à réparer une faute fonctionnelle de l'Etat et non une faute personnelle d'un de ses agents. Le pourvoi en annulation d'ordre du Garde des Sceaux (160), n'est pas, non plus, d'un secours sûr, puisque son exercice est discrétionnaire. Il est difficile, par ailleurs, d'assimiler le déni de justice au cas où le Tribunal se refuse à juger, les magistrats se trouvant en nombre insuffisant ; le règlement de juge n'a pas été prévu pour l'hypothèse de la prise à partie, aucun texte ne permet d'opérer cette assimilation. On reste étonné devant de pareilles lacunes d'une procédure, par ailleurs si minutieuse. On pourrait valablement penser que tout a été mis en œuvre pour décourager les requérants.

La meilleure preuve de l'inefficacité de la prise à partie est l'inexistence totale des décisions emportant condamnation de fonctionnaires judiciaires, et ce même depuis la loi de 1933 qui a pourtant ajouté un nouveau cas d'ouverture et supprimé l'amende de fol appel (161).

Tous les arrêts que nous avons cités comme donnant ouverture à la prise à partie, se prononçaient sur les conditions d'exercice de l'action ou quelque fois sur l'autorisation à fournir et non sur la condamnation même. En ce qui concerne cette dernière, nous ne trouvons que le néant.

Cela est dû à un vice de méthode du Code de Procédure et à un état d'esprit.

Vice de méthode, car le point de départ de la théorie est un texte de précédure, l'article 505, le législateur s'étant uniquement préoccupé d'édifier une procédure et non des règles de fand. Or, si les notions relatives à la responsabilité sont faciles à saisir, il n'en est pas de même des règles de forme dont l'interprétation est réservée à des spécialistes, et dont l'enchevêtrement risque, à force de subtilités et de lenteurs, de décourager les plaideurs (162).

---

(159) Req. 8 février 1855, *D.*, 1855-1-402. Req. 23 mars 1868, *D.* 1869-1-281.

(160) Garraud : « Instruction criminelle », T. 3, p. 600, T. 5, pp. 280, 526 à 529.

(161) Le seul arrêt de condamnation connu de nous a été rendu en 1806, mais sous l'empire du Code de Brumaire an IV : encore ne s'agissait-il pas d'une faute d'abstention, mais de mandats d'arrêt et d'amener délivrés alors que les faits ne constituaient ni un crime, ni un délit et, en conséquence révélaient le dol du juge seul prévu par l'article 565. Cf. Jurisprudence générale Dalloz V° prise à partie n° 10, n. 1.

(162) Req. 4 décembre 1945 Larant *J. C. P.* 1946-4-15 : omission d'une formalité dans l'exercice de la prise à partie.

Un état d'esprit surtout, qui vise à protéger les fonctionnaires judiciaires et qui est facilité par une procédure qui permettant le jugement par les pairs, autorise toutes les manifestations de l'esprit de corps : tous les cas d'ouverture ont été strictement interprétés et la prise à partie a été étendue au plus grand nombre possible d'agents.

Or, il est anormal de protéger ainsi les officiers de police judiciaire qui n'offrent que très peu de garanties, surtout ceux qui sont des agents locaux ou même au service des particuliers (163). La situation privilégiée du Ministère Public est aussi discutable, car ces magistrats sont tout autant dans la main du Gouvernement que les Officiers de police judiciaire et que n'importe quel autre fonctionnaire administratif.

Mais tel est notre droit positif : notre tâche n'est pas de proposer des réformes, mais de faire une étude clinique des institutions et, au besoin, de signaler le mal ; le médecin n'est pas le juriste, mais le législateur...

Aussi, près de 150 ans après la promulgation du Code de Procédure civile, ne pouvons-nous que constater une fois de plus, après bien d'autres (164), que la prise à partie n'est qu'un leurre, une procédure totalement inefficace qui conduit à l'irresponsabilité de fait des fonctionnaires judiciaires.

---

(163) De même qu'il est tout aussi anormal que la responsabilité de l'Etat soit engagée du fait d'un garde-champêtre ou particulier.

(164) Lacoin : *Revue Pénitentiaire* 1901, p. 1177. Bidermann, *op. cit.*, p. 172 à 178. Dayras, *Droit social*, juin 1938, p. 241.

DEUXIEME PARTIE

LA CONTRAINTE A L'ENCONTRE DES POUVOIRS PUBLICS

L'étude des diverses obligations de faire à la charge de l'Adminitration, nous a montré qu'en la matière, le phénomène contentieux n'était malheureusement pas rare. Et la mauvaise volonté ou simplement la force d'inertie qui s'étaient manifestées antérieurement à tout recours en justice, pourront ressurgir postérieurement à la décision de justice, en vertu de laquelle l'Administration doit fournir une certaine prestation au requérant.

C'est ainsi poser le problème du refus d'exécution — explicite ou implicite — par l'Administration des décisions de justice prononcées contre elle-même. C'est là sa dernière ligne de retraite, sa forteresse apparemment inexpugnable. En effet, ce n'est pas tout que de se prononcer sur la validité d'une requête. La perfection juridique théorique peut s'en satisfaire, non pas forcément le justiciable pour qui son droit n'est pas seulement une catégorie abstraite de l'entendement, mais un moyen indispensasable pour pourvoir à la satisfaction de ses besoins. Le plan de la validité sufit au juriste, mais c'est surtout celui de l'efficacité qui intéresse l'administré.

Ce sera donc à un point de vue essentiellement pratique que nous nous placerons : l'étude des moyens par lesquels les administrés, nantis d'une décision de justice rendue à l'encontre de l'Administration peuvent forcer cette dernière à s'exécuter.

C'est là le problème de la contrainte, des voies d'exécution contre l'Administration, problème qui a fait l'objet d'études doctrinales nombreuses, appuyées sur une jurisprudence fournie.

Nous désirons pour notre part, fournir un aperçu synthétique en même temps que réaliste de ce problème, en étudiant les diverses possibilités matérielles d'exécution offertes aux administrés.

Il va de soi que nous ne pouvons négliger l'aspect théorique de la question ; nous traiterons, dans un Titre premier, du refus de l'Administration de s'exécuter, c'est-à-dire du conflit entre le principe de l'autorité de la chose jugée et celui de l'indépendance de l'Administration.

Lorsque nous aurons ainsi appris, selon la formule de Kellershohn (1) que « les particuliers ne disposent pas de la force publique contre la force publique », nous rechercherons dans un Titre second, si les particuliers ne trouvent pas un allié dans le juge lui-même : à cette fin, nous examinerons les pouvoirs du juge à l'encontre de l'Administration.

Mais, malgré toutes les ruses des tribunaux, ces pouvoirs sont ou juridiquement nuls (tels l'injonction et la substitution), ou peuvent être pratiquement inefficaces (tel le renvoi pour ce que de droit).

Sans pouvoir direct de contrainte contre l'Administration, les particuliers seront tentés d'utiliser des moyens indirects : de même que le droit privé interdit la contrainte directe sur la personne, mais en permet et en règlemente l'exercice sur les patrimoines, ainsi sera-t-on tenté de rechercher si pareil parallélisme ne se retrouve pas en droit public. Là encore, les moyens sont très limités, quasi inexistants. Aussi, essaiera-t-on d'intimider l'Administration en frappant ses agents : la responsabilité personnelle du fonctionnaire tant pour inexécution des obligations de faire que pour inexécution de la chose jugée, constitue-t-elle aussi une contrainte indirecte, une menace suffisante pour amener ainsi indirectement l'Administration à rescipiscence ?

Mais la responsabilité personnelle des fonctionnaires est très rarement mis en jeu pour inexécution d'une obligation de faire et ne l'a jamais été pour inexécution de la chose jugée.

Aussi, est-il tentant pour les administrés d'exécuter eux-mêmes les obligations de l'Administration. En droit privé, le créancier d'une obligation de faire peut être autorisé par le juge à l'exécuter aux frais du débiteur. Est-ce possible en droit public ? Ou bien, la sanction de l'inertie administrative par les simples particuliers, ne peut-elle affecter que la forme de la collaboration avec les services publics ? C'est par ce dernier et important problème que nous terminerons notre étude sur la contrainte à l'encontre des Pouvoirs publics.

PLAN

TITRE I. — Les principes

TITRE II. — Pouvoirs du juge et contrainte directe

TITRE III. — Voies d'exécution sur les biens de l'Administration et contrainte indirecte

TITRE IV. — L'exécution du service public par les administrés

(1) Des effets de l'annulation pour excès de pouvoir. *Thèse Bordeaux*, 1915, p. 108.

TITRE PREMIER

Les Principes

Il est un fait que l'Administration se refuse parfois à exécuter la décision de justice rendue contre elle. Ceci peut constituer une illégalité ou occasionner un dommage au justiciable, mais non pas nécessairement, car en la matière, le principe de l'autorité de la chose jugée se heurte à celui de l'indépendance de l'Administration vis-à-vis du juge.

S'il y a conflit de principes, il y a aussi relation de ces principes. Il nous faut donc déterminer la portée et le domaine de chacun d'eux, de façon à pouvoir dresser un bilan grâce auquel nous saurons lequel, pratiquement ou juridiquement l'emporte.

Dans le domaine juridique, l'âge du droit administratif est d'origine relativement récente et nous assistons encore à son développement, dû pour une part à la prolifération règlementaire et pour une autre, à la lente systématisation, à la patiente sédimentification de ces règles par la jurisprudence. Le respect de la légalité entoure maintenant l'Administration d'un réseau dont les mailles se resserrent, mais non pas assez pour empêcher toutes les manifestations d'indépendance de l'autorité qui sait que si son activité est soumise au droit, il existe pratiquement des zones d'ombre dont elle peut profiter. C'est pourquoi nous exposerons en premier lieu les motifs et la raison d'être de cette indépendance ce qui nous permettra ensuite d'expliquer ce phénomène apparemment aberrant qu'est l'inexécution de la chose jugée.

CHAPITRE PREMIER

L'INDEPENDANCE DE L'ADMINISTRATION VIS-A-VIS DU JUGE

Le régime administratif français est commandé par le principe de la séparation des pouvoirs en vertu duquel le juge a plénitude de compétence pour l'examen des affaires contentieuses, sans pouvoir par contre, adresser d'injonction à l'Administration. Il s'agit là d'un produit de l'histoire, à l'origine duquel on trouve bien plus de préoccupations politiques et pratiques, que juridiques et théoriques.

C'est ce qu'ont bien senti la plupart des auteurs, qui, ayant mis en valeur la progressive soumission de l'Administration au droit, ont fait remarquer combien l'indépendance de l'Administration constituait un anachronisme en même temps qu'une monstruosité juridique, dont ils se sont d'ailleurs hâtés de prophétiser la disparition.

Ainsi, le doyen Hauriou déclarait-il (1) « Dans notre régime d'Etat français, l'Administration est nettement placée au-dessus du juge quel qu'il soit. Cette conception est assurément très discutable : il serait plus conforme au régime de droit que le juge administratif fut au-dessus de l'Administration. Nous avons la conviction que ce renversement de chose se produira », pour ensuite prophétiser (2). « Il est dans la logique des choses que la juridiction administrative maintenant autonome et complètement séparée de l'Administration active, engage avec celle-ci un duel pour se la subordonner ».

Le professeur Jèze, d'autre part, annonçait (3) : « Les théoriciens ont à peu près démoli et le Conseil d'Etat est en train de miner le principe de l'indépendance de l'Administration vis-à-vis des tribunaux », ce qui éveillait un écho chez le Commissaire du Gouvernement Corneille : « La règle de l'Indépendance de l'Administration vis-à-vis des juridictions ne doit jouer qu'à l'état d'exception » (4).

Mais prophéties ou espoirs devaient être irréalisés ou déçus. En 1944, M. F. de Baecque, constate qu'en la matière, aucune évolution ne peut être signalée et que le principe de l'indépendance de l'Administration demeure incontsté (5).

Il ne pouvait en être autrement, non parce qu'il s'agit là d'une hostilité de l'Administration au régime du droit, mais parce que ce principe a une portée bien définie : l'interdiction faite au juge

---

(1) Note sous arrêt Elections de Bouilh-Pereuilh. *S.*, 1909-3-85.
(2) Précis de Droit Administratif 7e édit., p. 73.
(3) L'utilité des études de jurisprudence *R.D.P.* 1914, p. 311.
(4) Conclusions arrêt Toesca *R.D.P.* 1919 p. 507.
(5) La responsabilité de la puissance publique. *R.D.P.* 1944, p. 201.

de donner des ordres à l'Administration, ce qui n'est pas pour celle-ci l'autorisation d' « inexécuter » la décision du juge. L'indépendance, si elle est le contraire de la subordination, n'est pas pour autant de l'insubordination.

Au reste, les textes en la matière sont suffisamment clairs. La loi du 16-24 août 1790, Titre 2, article 13, décide en effet : « Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs ». La loi du 16 Fructidor An VI, dispose par ailleurs que « les juges ne peuvent entreprendre sur les fonctions administratives ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions. Défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration de quelque espèce qu'ils soient ». Enfin, une instruction législative du 8 janvier 1790 déclare : « Tout acte des tribunaux ou des Cours de justice tendant à contrarier ou à suspendre le mouvement de l'Administration étant inconstitutionnel, demeurera sans effet et ne devra pas arrêter les corps administratifs dans l'exécution de leurs opérations ». L'aspect négatif de la séparation des pouvoirs était ainsi fixé, le législateur révolutionnaire ayant empêché à jamais la résurrection du droit de remontrance des Parlements. L'aspect positif fut donné par les lois des 7-11 septembre 1790, 7-14 octobre 1790, 27 avril-25 mai 1791, qui confiaient les recours en matière administrative à des corps administratifs réunissant à la fois action, délibération et juridiction, une des premières tâches de la Révolution ayant été de supprimer les juridictions administratives de l'Ancien Régime. Logiquement, le contentieux administratif n'aurait pas dû être confié à un administrateur, mais à un juge administratif. Mais la Révolution se souciait peu de la logique : d'une part, la tradition française était que le pouvoir judiciaire ne connaissait que des litiges privés et, par ailleurs, il suffisait aux Constituants d'avoir supprimé tout empiètement possible des Parlements sur l'Administration. Enfin, le corps judiciaire, issu en majorité des anciens Parlements, était politiquement tenu en défiance, alors que le pouvoir exécutif était fait d'hommes nouveaux, dévoués à la Révolution.

L'An VIII inaugura une ère de réformes qui posèrent les assises de notre actuel système administratif : l'article 52 de la Constitution de l'An VIII créa le Conseil d'Etat, la loi du 28 Pluviôse An VIII les Conseils de Préfecture, le décret du 11 juin 1806 établit, au sein du Conseil d'Etat, un Commission du Contentieux, dont la procédure à forme juridictionnelle fut réglée par le décret du 22 juillet 1806. Il était ainsi opéré au sein de l'Administration une spécialisation fonctionnelle entre les fonctions exercées par un même pouvoir. Mais on ne pouvait encore parler de tribunaux administratifs : le Conseil d'Etat soumettait ses décisions contentieuses au chef du Pouvoir exécutif, le Premier Consul et les Préfets pouvaient, en théorie, présider les Conseils de Préfecture statuant contentieusement.

Pratiquement cependant, un juge administratif était en gestation. D'une part, l'exclusive révolutionnaire à l'égard des tribunaux judiciaires subsistait toujours. Par ailleurs, le Chef du Pouvoir exécutif entérinait les décisions de la Commission du Contentieux, qui déjà possédait une procédure juridictionnelle. La

loi du 3 mars 1849 lui donna un véritable pouvoir de décision, qui lui fut enlevé par le décret du 25 janvier 1852 et ne lui fut rendu que par l'article 9 de la loi du 24 mai 1872 qui établit le règne de la justice déléguée : « Le Conseil d'Etat statue souverainement sur les recours en matière contentieuse administrative et sur les demandes d'annulation pour excès de pouvoir formées contre les actes des diverses autorités administratives » (6).

Depuis, il n'y eut jamais de retour en arrière. Une série de dispositions législatives et règlementaires intervint pour préciser cette différenciation fonctionnelle au sein du Conseil d'Etat et des tribunaux administratifs (7).

Ainsi, tout a été fait pour séparer le personnel actif du personnel contentieux. Pareille netteté n'apparaît pas également dans tous les organes administratifs chargés d'une mission juridictionnelle, mais l'on peut affirmer qu'il existe maintenant des juges administratifs différents, sinon indépendants, des administrateurs proprement dits, surtout depuis l'arrêt Cadot (8) où le Conseil d'Etat a affirmé d'une manière catégorique et définitive qu'il était juge du droit commun en matière administrative, ruinant ainsi à jamais la théorie du Ministre-Juge.

Les tribunaux administratifs jugent donc administrativement mais juridictionnellement, des affaires administratives. Les tribunaux judiciaires sont toujours tenus à l'écart (9), non par hostilité, car leur timidité à l'égard de l'Administration accrue par un siècle et demi d'impuissance et de dépendance politique, est devenue une seconde nature, mais parce que le droit administratif est l'œuvre quotidienne du Conseil d'Etat qui, patiemment, a tissé un remarquable système juridique à partir de matériaux incomplets. diffus, éphémères et parfois contradictoires, système dont le maniement complexe exige un juge qui ait l'habitude de cette nouvelle technique juridique, en même temps que l'intuition des réactions — ou les réflexes — de l'Administration.

Le phénomène du juge spécialisé n'est pas propre à l'Administration ; le droit commercial, le droit professionnel, le droit agricole, connaissent aussi des juridictions spécialisées (10).

Mais si l'Administration a laissé se développer dans son sein un juge, préférant être jugée par un parent que par un étranger,

---

(6) Disposition reprise par la loi du 18 décembre 1940 et l'Ordonnance du 31 juillet 1945.

(7) Article 10 de la loi du 24 mai 1872, article 5 de la loi du 13 juillet 1879, article 2 de la loi du 18 décembre 1940, excluent le Garde des Sceaux de la présidence de la Section du Contentieux ; art. 3 de la loi du 18 décembre 1940 dispose que Ministre et Secrétaire d'Etat n'ont par voie délibérative en matière contentieuse; art. 24 de la loi du 24 mai 1872 et art. 24 du décret du 7 janvier 1941 interdisent aux Conseillers d'Etat en service extraordinaire de prendre part aux délibérations contentieuses; art. 20 de la loi du 24 mai 1872 exclut ceux des Conseillers d'Etat en service ordinaire qui ont dans une section administrative délibéré sur des questions soumises ensuite au contentieux; enfin, le décret du 6 septembre 1926 a enlevé au Préfet la présidence du Conseil de Préfecture.

(8) *C.E.* 13 décembre 1889. *S.*, 1892-3-17, n. Hauriou.

(9) Ils demeurent cependant compétents à l'égard des litiges relatifs au domaine privé des collectivités publiques, aux services publics industriels et commerciaux, restent traditionnellement les gardiens des libertés publiques, de la propriété privée et sont seuls juges de l'état des personnes.

(10) Voir pour une critique de ce mouvement de spécialisation juridictionnelle R. Narson: « Le développement des juridictions civiles d'exception et ses dangers ». *D.* 47, Chr. XXXI, p. 121.

fut-il sage parmi les sages, ce n'était pas pour se donner un maître et elle a dressé contre lui les vieux textes révolutionnaires, lois des 16-24 août 1790 et 16 Fructidor An VI, qu'elle avait utilisés contre les tribunaux judiciaires. « Elle consent donc à se faire juger par un juge administratif, mais elle se refuse à abdiquer devant lui sa qualité de puissance publique » (11).

Peu importe, en définitive, qui exerce la fonction juridictionnelle : qu'il s'agisse d'un juge judiciaire ou d'un juge administratif, son impuissance à donner des ordres à l'Administration est la même, l'avantage — inappréciable du reste — du juge administratif résidant en une influence exercée par la réflexion sur l'action quotidiennement vécue en commun. Si les juges de certains tribunaux administratifs sont de plus en plus juges et de moins en moins administrateurs (ainsi les Conseillers de Préfecture), ayant donc progressivement abandonné tout contact vivant avec les réalités administratives, il n'en est pas de même des membres du Conseil d'Etat, juge de droit commun, d'appel et de cassation en matière administrative, car cet organisme a conservé jusqu'à nos jours une part importante dans l'administration active.

Aussi, ne peut-on dire que le juge soit réduit à un mandarinat inefficace. Mais quoiqu'il arrive, la signification du principe de l'indépendance de l'Administration résidera toujours et uniquement en ceci : l'interdiction faite au juge d'empiéter sur la vie administrative et de donner des ordres (12). Les deux autorités sont séparées (13) : autre chose est de savoir laquelle de leurs activités dans la hiérarchie des valeurs juridiques, détermine, conditionne ou ordonne l'autre. C'est ce que nous révèlera l'étude du principe de l'autorité de la chose jugée.

---

(11) Allier: « De l'obéissance due par l'Administration active à la chose jugée par la juridiction administrative ». *Thèse Paris* 1923, p. 4.

(12) C'est pourquoi paraît imprécise une formule telle que celle de Boulard: « Le respect par l'administration active des décisions du Conseil d'Etat au contentieux ». *Thèse Paris* 1932, p. 22 « L'indépendance de l'Administration n'existe qu'en vue de permettre à celle-ci d'accomplir sa fonction sans entraves. Elle n'a pas pour but de la soustraire au droit »: à notre sens, c'est là confondre un problème d'organisation, et un problème de hiérarchie des activités juridiques.

(13) Il ne faut pas, à notre avis, chercher ailleurs que dans le principe de la séparation des autorités une garantie de l'indépendance de l'Administration: Aucoc dans ses Conférences I n° 262 en voyait une dans l'amovibilité des juges administratifs; mais il suffit de remarquer que si l'on peut révoquer un juge, on ne révoque pas automatiquement une décision.

CHAPITRE II

L'AUTORITE DE LA CHOSE JUGEE

Si les tribunaux et l'Administration sont séparés, cela ne signifie pas qu'ils ignorent mutuellement leurs décisions : d'une part, les décisions administratives dans leur quasi généralité sont susceptibles de donner ouverture à un contentieux, d'autre part, les décision juridictionnelles se prononcent à leur sujet tant sur leur validité que sur les conséquences des dommages qu'elles ont occasionnés. Le problème consiste donc pour nous à savoir en vertu de quel principe les décisions des tribunaux, constatant la règle de droit, s'imposent à l'Administration, alors que toute manifestation de volonté à son encontre leur est interdite.

Il s'agit ici du principe de l'autorité de la chose jugée qui apparaît sous un double aspect, le second n'étant que la conséquence du premier. D'une part, la chose jugée a force de vérité légale, d'autre part, elle a force obligatoire : non seulement, elle doit être respectée en ce sens qu'on doit tenir pour vrai et exact ce qui a été jugé (1), mais encore elle doit être exécutée, c'est-à-dire concrétisée par des mesures appropriées.

Traiter du premier aspect, la force de vérité légale, dépasserait le cadre de notre sujet et n'aboutirait qu'à répéter ce qui a été souvent dit, sans apporter la lumière sur ce qui nous intéresse, à savoir la mesure dans laquelle la force obligatoire constitue ou non une force exécutoire (2).

SECTION I. — FORCE OBLIGATOIRE ET FORCE EXECUTOIRE

La force obligatoire consiste essentiellement dans l'obéissance juridique due à la chose jugée : l'Administration doit faire ou payer ce à quoi elle est condamnée, tirer les conséquences de l'annulation de ses décisions, c'est-à-dire prendre les mesures matérielles ou juridiques qu'elle nécessite. Mais cela ne signifie pas pour autant qu'une décision juridictionnelle possède contre elle la force exécutoire.

---

(1) Ceci s'impose à la fois au juge et à l'administrateur: *C.E.*, 8 novembre 1931 La Fay, 928: « Considérant que par décision en date du... le *C.E.* a déjà tranché ce point de droit; qu'il y a dès lors chose jugée et que les conclusions sus-visées ne sont pas recevables ». *C.E.*, 8 juillet 1904 Botta (annulation d'une décision d'un tribunal ayant repris une question déjà tranchée au fond).

(2) Rappelons que, spécialement en matière administrative, l'autorité de la chose jugée est relative, lors du rejet d'un recours pour excès de pouvoir et du prononcé sur un recours de plein contentieux et absolue lorsqu'intervient une annulation sur un recours pour excès de pouvoir (seul un recours en révision est alors possible et l'Administration toujours présente au procès ne possède pas la ressource de faire opposition; toutefois il faut signaler que les administrés lésés par une décision d'annulation ont droit de faire tierce opposition contre elle: *C.E.*, 29 nov. 1912 Boussugue, *S.* 1914-3-33 n. Hauriou).

Celle-ci n'est que le prolongement de la force obligatoire, son actualisation, son aspect dynamique. Or, si elle se manifeste entre parties privées, contre les personnes privées dans leurs litiges avec l'Administration, il ne fait de doute pour personne qu'il ne peut en être de même contre l'Administration (3). C'est ce qu'affirmait Laferrière dans cette formule : « Le devoir juridique est certain, la sanction seule peut faire défaut » (4). Ce que nous entendons par force exécutoire, c'est la faculté effective d'exécution (5), toujours absente à l'encontre de l'Administration. L'étude de la formule exécutoire des tribunaux administratifs peut être un signe tangible de ce que nous avançons.

Les Conseils de Préfecture qui ont toujours eu la justice déléguée, n'ont jamais possédé de formule exécutoire. Certes, le devoir d'obéissance existe en vertu de la chose jugée, mais il est intéressant de signaler un avis du Conseil d'Etat, en date du 5 février 1826, reprenant l'opinion anciennement exprimée que la formule exécutoire n'ajoute rien à l'autorité de la chose jugée (6), mais paraissant impliquer que son adoption amènerait une confusion avec les tribunaux judiciaires et les possibilités de coercition qu'offre la formule exécutoire (7) : « Considérant que la juridiction exercée par les Conseils de Préfecture et celle qui appartient aux cours et tribunaux formant deux ordres de juridiction entièrement distincts dans leur contentieux et leur objet, il y aurait inconvénient à assimiler les formules employées dans les jugements qui émanent del'un ou de l'autre... Sont d'avis qu'il n'y a pas lieu de donner aux décisions des Conseils de Préfecture un intitulé, ni d'y joindre un mandement semblable à ceux qui sont déterminés par les arrêts des Cours et tribunaux ».

Au contraire des arrêts des Conseils de Préfecture, ceux du Conseil d'Etat sont assortis d'une formule exécutoire (8) depuis que la Haute juridiction possède la justice déléguée : « La République mande et ordonne aux Ministres, en ce qui les concerne... de pourvoir à l'exécution dela présente décision » (9). « Le Maréchal de France, chef de l'Etat Français, mande et ordonne aux Ministres et Secrétaire d'Etat en ce qui les concerne... de pourvoir à l'exécution de la présente décision » (10). Il est symptomatique de relever que dans ces deux formules, issues de régimes politiquement hostiles l'un à l'autre, l'esprit reste le même, l'ordre d'exécution étant donné par l'Administration elle-même, qu'il s'agisse d'une entité abstraite ou d'une personne physique, et non par le juge, l'exécution étant assurée par les Ministres compétents.

---

(3) Duguit: Transformation du Droit public, p. 219. Barthélémy, L'obligation de faire et son exécution forcée en droit public. *R.D.P.*, 1912 505.

(4) Juridiction et Contentieux, T. 2, p. 573.

(5) Le même problème se pose pour les tribunaux d'arbitrage et les Cours de justice internationales.

(6) Avis du *C.E.* du 16 Thermidor An XI. Lettre du Grand juge du 18 janvier 1809.

(7) Voir pour la critique de cette opinion, *Supra*, p. 210 . Un auteur Grach Limites des pouvoirs des tribunaux sur les actes administratifs, *Thèse Paris* 1912, p. 131 voit dans la formule exécutoire la source de l'obligation de l'Administration de se conformer aux décisions du juge. C'est là une opinion isolée, que la quasi-unanimité de la doctrine a tout à fait délaissée.

(8) Il n'en était pas besoin du temps de la justice retenue puisque les décisions étaient rendues sous forme de décret ou d'ordonnance du Chef de l'Etat.

(9) *D.* 21 août 1872, art. 26. Formule reprise par *D.* 4 août 1923, art. 27. Cf *D.* 12 juin 1947 (formule exécutoire de la IV° République).

(10) *L.* 18 octobre 1940, art. 64.

C'est là une conséquence du principe de la séparation des autorités ; l'exécution est à la discrétion de l'Administration, mais cela ne signifie pas pour autant qu'amputée de la force exécutoire, la force obligatoire ne demeure ; c'est le même problème que celui posé par les lois imparfaites et la règlementation internationale. L'absence de sanction ne signifie pas l'inexistence d'un droit. Du point de vue de l'efficacité, il y a là, évidemment, une lacune ; du point de vue de la validité, il n'y en a pas.

Théoriquement, l'Etat qui est une forme de la justice ne peut s'opposer à elle. Pratiquement, il y a la volonté des organes dirigeant l'Administration. Mais juridiquement, l'exécution de la chose jugée s'impose à eux. En effet, l'autorité de la chose jugée est une nécessité sociale : ce qui a été jugé ne peut être indéfiniment remis en question ou ignoré. Certains ont vu le fondement de cette obligation, en disciples de Duguit, dans la solidarité par similitude et la division du travail entre admnistrateurs et juges (11). Mais il suffit d'invoquer le simple bon sens : il n'y a pas de droit viable sans un juge, tiers indifférent et sans l'acceptation de ses décisions. Les agents publics n'ont de pouvoir que dans la mesure où ils assurent le service public au bénéfice de ceux qui ont droit à ses prestations. Une rivalité qui irait de l'ignorance à l'hostilité, compromettrait la marche des services publics (12). Toute la question se ramène à savoir si l'Administration exécute ou non et pour quelles raisons. L'Etat doit être réputé honnête homme ; soit, mais mérite-t-il cette réputation ?

SECTION II. — LA MECONNAISSANCE DE LA CHOSE JUGEE

Cette obligation générale qui pèse sur l'Administration d'assurer les services publics ne peut-elle l'autoriser à tenir en échec cette obligation spéciale qu'est l'obéissance à la chose jugée ? Si les particuliers doivent obéir à la lettre des décisions de justice, n'est-il pas admissible que l'Administration n'obéisse qu'à l'esprit, puisque seule elle est compétente juridiquement et techniquement pour tout ce qui concerne l'exécution de sa tâche propre (13).

Cela peut être le point de vue de l'Administration ; mais il y a celui du requérant, tout aussi intéressant et qui souffre de se voir reconnaître un droit inefficace. C'est ce à quoi pensait le doyen Hauriou quand il écrivait : « Il n'y a pas de raison pour que cela finisse. Dans ce duel entre le Conseil d'Etat qui ne peut que censurer et un magistrat résolu à ne pas tenir compte de l'autorité de la chose jugée, le Conseil d'Etat est d'avance vaincu » (14).

Ce pessimisme ne correspond pas à toute la réalité, puisque c'est au Conseil d'Etat que l'on doit l'existence du droit administratif. De plus, il n'est pas partagé par tous les auteurs (15).

---

(11) Kellrshohn. *Op. cit.* p. 200.

(12) Cf. Jèze: « De la force de vérité légale attachée par la loi à l'acte juridictionnel », *R.D.P.* 1913, p. 440.

(13) Cf. Fayolle: « La force exécutoire des décisions de justice vis-à-vis des administrations publiques », *Thèse Nancy*, 1926, p. 4 et p. 164

(14) Note sous arrêt Fabrègues, *S.*, 1911-3-121.

(15) Cf. Bonnard: « Précis de Droit administratif », Goldenberg, Le Conseil d'Etat juge du fait, *Thèse Paris* 1932, p. 26.

En fait, le plus souvent, l'Administration exécute (16) : il n'y a pas de conflit systématique avec les tribunaux, mais elle profite des lenteurs du juge, spécule sur la peur de plaider. Elle ruse, elle biaise plus qu'elle ne heurte de front. Pourquoi, selon quelles méthodes, c'est ce que nous allons maintenant examiner.

1° Raisons de la méconnaissance de l'autorité de la chose jugée. On a souvent invoqué la substitution de la justice déléguée à la justice retenue : jusqu'en 1872, bien qu'agissant comme un juge, le Conseil d'Etat était encore théoriquement Chef Conseil de l'Administration. Du jour où il ne fut plus supérieur hiérarchique, il ne put plus donner des ordres.

Il y a là certainement une erreur, propagée par des auteurs célèbres, mais mal renseignés (17). Il suffit, pour s'en convaincre, de s'en rapporter à l'article de Charmont « Analogies de la jurisprudence administrative et de la jurisprudence civile » (18) et aux mémoires de Pasquier (19). Ce dernier raconte, en effet, qu'un entrepreneur qui avait construit des bâteaux destinés à transporter les troupes de débarquement en Angleterre, resta impayé après la disparition du Camp de Boulogne. Le Conseil d'Etat, saisi d'un recours, réclama le dossier au Ministre de la Marine Decrès, qui refusa de le fournir. Pasquier, alors Maître des Requêtes, s'enquit auprès des bureaux du Ministre, qui lui montrèrent le dossier avec rapports favorables, mais en marge duquel Decrès avait écrit de sa main « qu'il aille se faire f... » et paraphé. Le Conseil d'Etat se passa du dossier, se prononça en faveur de l'entrepreneur, mais jamais Decrès ne prit le décret nécessaire pour rendre exécutoire la décision du Conseil d'Etat. Et Pasquier ajoute que ces sortes d'abus étaient assez fréquents.

La véritable raison est, selon nous, d'ordre politique et d'ordre technique. Politique, parce que certaines administrations, pour la plupart décentralisées, ont une origine électorale et résistent naturellement à un juge nommé par le pouvoir central, d'autant plus que cette résistance peut faire pièce à un adversaire politique (20). Cet état de chose ne peut que gagner dans la mesure où de plus en plus l'Administration tend à devenir la chose des partis, un objet de conquête plus qu'une occasion de servir le pays. En outre, la mentalité politique du moment peut influencer les réflexes de l'Administration : tel l'anticléricalisme (21).

Mais la politique n'explique pas tout : il y a aussi le fait que l'on se trouve en présence du gouvernement des bureaux qui, « en possession d'une situation acquise, presque privilégiée, tendent naturellement et spontanément à la conserver et à enrayer

---

(16) Souvent, l'Administration s'adresse au Conseil d'Etat pour lui demander d'interpréter un de ses arrêts et le Conseil d'Etat accepte ce genre de requête lorsque la portée de ses arrêts est douteuse: *C.E.* 12 juillet 1938 Poulain, 610 interprétant un arrêt du 22 juillet 1927.

(17) Ainsi Laferrière: « Traité de la juridiction administrative, 2e édit. T. 1, p. 218. Artur: « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions ». *R.D. P.*, 1903, T. 20, p. 498, n° 1.

(18) Revue timestrielle du Droit Civil, 1908, p. 828.

(19) P. 317.

(20) Par exemple la célèbre affaire Fabrègue *C.E.* 23 avril 1909, 22 juillet 1910, *S.* 1911-3-1921 n. Hauriou.

(21) Affaire Toesca *C.E.* 8 août 1919 *R.D.P.* 1919, 505, concl. Corneille et n. Jèze-Abbé Hardel 1911-350.

l'action de la force nouvelle que représente l'extension constante du contrôle juridictionnel » (22).

2° Méthodes employées par l'Administration. Nous avons dit plus haut que d'une manière générale, l'Administration exécutait les décisions de justice rendues contre elle. Il n'en demeure pas moins que l'opinion publique a tendance à croire le contraire et il arrive que l'Administration prenne une attitude qui accrédite cette croyance.

Ainsi, l'on a pu voir après l'annulation par le Conseil d'Etat de la réquisition, lors de la Libération, des tramways par la municipalité toulousaine, cette dernière annoncer dans de multiples conférences de presse (23), que, bien que regrettant qu'une loi sur les régies municipales n'ait pas été votée avant la décision du Conseil d'Etat, elle s'inclinait cependant devant elle et remettait ses biens à l'ancienne société concessionnaire. La presse donna une large diffusion à cette information en paraissant s'émerveiller d'un pareil respect de l'autorité de la chose jugée et de l'absence de tout incident politique et social. Toutes choses qui montrent trop le vif désir de l'Administration d'obéir à une sentence judiciaire, pour qu'il s'agisse là d'une attitude habituelle, et l'étonnement de l'opinion devant un comportement qui, quoique normal, apparaît cependant extraordinaire.

Il y a là certainement une erreur d'optique. Exécutant généralement les décisions juridictionnelles rendues à son encontre, l'Administration hésite à les méconnaître trop visiblement. Sinon ce serait le scandale, d'autant plus démesurément grossi que l'opinion publique locale prend beaucoup plus fait et cause pour un cas particulier qu'à l'occasion d'une politique générale. De tels cas pour être relativement peu nombreux n'en existent pas moins et sont assez saisissants pour qu'il soit nécessaire d'exposer les méthodes utilisées par l'Administration dans sa lutte contre le juge.

Parce que le plus souvent elle exécute, l'Administration répugne à employer des méthodes de méconnaissance directe, qui heurtent de front les décisions juridictionnelles.

Cependant, parfois, le phénomène doit être signalé : ainsi dans l'affaire Toesca (24), un Préfet refusant d'exécuter la sentence d'un juge de paix condamnant un Bureau de Bienfaisance Communal à verser à l'abbé Toesca le produit d'une fondation charitable, osait ainsi motiver en droit son refus. « Sans doute il y a bien la décision du juge de paix, mais l'Administration n'a pas à en tenir compte... A la vérité, c'est une décision définitive, mais à l'égard de l'Administration, elle doit demeurer sans conséquence, sans portée ». C'était à la fois dénier la force obligatoire et la force exécutoire aux décisions de justice.

Sans se prononcer si ouvertement ni si maladroitement, il arrive que l'Administration dont une décision vient d'être annulée, ne prend pas la mesure qui s'impose. En ce sens, on peut citer :

---

(22) Duguit: « Transformation du droit public », p. 217.

(23) V. le journal « La Démocratie » de Toulouse du 2 juillet 1947 et la presse Toulousaine du moment. Il faut noter que la loi du 30 juillet 1947 permet la révision et la résiliation, pendant un an à partir de la publication de la loi, des contrats passés par les collectivités locales: ceci peut donc permettre à l'Administration de revenir sur la chose jugée. On se trouve ici en présence d'une violation de la chose jugée autorisée par la loi.

(24) *C.E.*, 2 août 1919. *R.D.P.* 1919-505.

l'affaire de Nautois (25) où l'on assiste à la collusion d'un Préfet et d'un Conseil Municipal qui, après l'annulation par le Conseil d'Etat de l'arrêté préfectoral refusant d'annuler une délibération du Conseil Municipal, et après l'annulation de cette délibération même, conservent la même position et s'obstinent à affecter à des travaux d'aménagement, des crédits alloués à la Commune pour réparation de dégâts causés par des calamités atmosphériques. En ce sens, aussi, on peut citer l'affaire Fabrègues (26) où un garde champêtre suspendu irrégulièrement par son Maire, se vit à nouveau suspendu après annulation par le Conseil d'Etat des arrêtés illégaux de suspension.

L'affaire dame Venturini (27) fournit aussi un exemple saisissant du mauvais vouloir de l'Administration : Le Conseil d'Etat avait déjà reconnu le droit de la requérante à un emploi réservé (concierge d'une école communale), ce qui n'empêcha pas le Maire de refuser systématiquement sa nomination.

Plus rarement, par peur de porter atteinte à son crédit, l'Administration refuse de s'incliner devant une condamnation pécuniaire. Mais le cas s'est parfois présenté : ainsi l'affaire Fils d'Arthur Mathieu et Cie (28) où l'on voit un Ministre refuser d'exécuter la décision d'une Commission d'évaluation de dommages de guerre et, pour ce faire, refusant de délivrer le titre de la créance emportant allocation des intérêts fixés par la Commission.

Mais généralement, l'Administration se contentera de tourner la décision juridictionnelle, soit en l'exécutant incomplètement, soit en retardant l'exécution, ou tout simplement en rusant.

Le contentieux relatif à la fonction publique est assez fourni en la matière ; on y relève quelques affaires connues tout autant par la célébrité du requérant que par les difficultés juridiques qu'elles soulevaient : telle l'affaire Julien Viaud (Pierre Loti) où après une annulation de mise à la retraite, l'Administration ne réintégra pas « en l'état » (29).

Pareillement, on peut citer l'affaire Féré de Perroux (30) où après annulation d'une révocation d'un chef de bataillon, ce dernier, malgré l'avis conforme du Conseil de l'Ordre, ne fut pas rétabli sur les matricules de la Légion d'Honneur.

Les considérants du Conseil d'Etat sont particulièrement nets dans l'affaire demoiselle Blanchier (31) où il est constaté : « Il résulte de l'instruction que la requérante n'a été que partiellement réintégrée dans ses fonctions et qu'il ne lui a été restitué que des attributions diminuées ».

Enfin, dans le mêm eordre de faits, il faut signaler l'affaire Laurent (32) dans laquelle l'Administration, après annulation d'une révocation largement publiée omet d'informer de cette annulation ceux qu'elle avait informés de la révocation.

---

(25) *C.E.*, 14 mai 1937-501.
(26) *C.E.*, 22 juillet 1910. *S.*, 1911. 3., 121 n. Hauriou.
(27) *C.E.*, 25 juillet 1931, 872 et 27 avril 1934, 503 cf. *C.E.* 19 octobre 1936 Malherbe 89.
(28) *C.E.*, 4 mai 1932, 452.
(29) *C.E.*, 24 février 1899, cf. *C.E.*, 9 mai 1928 Dinahet 591.
(30) *C.E.*, 24 février 1899, cf. dans le même sens *C.E.*, 4 novembre 1946 Mathieu: après annulation d'une mise à la retraite, l'Administration au lieu de réintégrer un fonctionnaire, le met en disponibilité.
(31) *C.E.*, 3 février 1937-147.
(32) *C.E.*, 27 janvier 1937-124.

Mais il est une autre forme plus subtile d'inexécution : le retard dans l'exécution. L'Administration paraît espérer que les particuliers se lasseront avant d'intenter un nouveau recours. C'est ce qui a pu faire écrire : « Dans presque tous les cas, de quelque façon que les différents surgissent, les chefs de service s'astreignent à faire traîner les litiges... On peut faire traîner avec le secret espoir de léguer à un successeur éventuel un dossier délicat » (33).

Le cas le plus célèbre est celui du sieur Daraux qui, trente-quatre ans après la délivrance du titre exécutoire, n'avait pu encore obtenir de l'Administration le paiement de sa créance (34). De même, il a fallu deux ans à la société Lustria pour obtenir d'un Préfet la délivrance d'une autorisation d'installation d'établissement dangereux, incommode ou insalubre déjà accordée par arrêté du Conseil de Préfecture (35).

Enfin, plutôt que de refuser brutalement ou de retarder l'exécution, l'Administration préfèrera ruser en recourant à toutes les arguties juridiques et à tous les procédés techniques.

C'est ainsi que l'on vit, après annulation par le Conseil d'Etat d'un arrêté du Préfet de police de la Seine et d'une délibération du Conseil Municipal de Paris qui avaient illégalement créé un tribunal de mœurs, destiné à la répression de la prostitution, le dit Tribunal quoique dissous, et ses crédits supprimés, subsister encore sans existence légale (36).

L'Administration, parfois, ne répugnera pas à utiliser les procédés de la chicane : ainsi, un retrait d'autorisation ayant été annulé, l'Administration en opéra un second, sous prétexte d'ntérêt général (37) ou bien, malgré l'annulation de son arrêté interdisant à une personne de recevoir un individu atteint d'une maladie contagieuse, le Maire prend un arrêté d'ordre général sur la matière (38) : l'Administration prend ainsi sous forme générale ce qui lui est interdit sous forme individuelle (39), ou un grand nombre de mesures individuelles pour remplacer l'annulation d'une mesure générale (40). On a vu aussi un Ministre arguer de l'incompétence d'une juridiction pour se refuser à exécuter sa décision (41).

Enfin, souvent, l'annulation n'aura été provoquée qu'en raison d'une motivation malencontreuse de la décision attaquée : auquel cas l'Administration se contentera de reproduire la décision sans le motif incriminé (42). Dans le même ordre d'idée, il lui suffira par exemple, après annulation d'une révocation de fonctionnaire, de réintégrer ce fonctionnaire, quitte ensuite à retirer cet acte qui exécutait la chose jugée, en le révoquant pour un autre motif ou en supprimant son emploi (43).

Constitue également un excès de pouvoir par violation de la chose jugée, l'arrêté d'un Maire prescrivant à un individu de recons-

---

(33) Charmont. Revue Trimestrielle de droit civil 1906, p. 842.
(34) *C.E.*, 26 juin 1908, *S.* 1909-3-129.
(35) *C.E.*, 31 janvier 1936-148.
(36) *C.E.*, 2 juin 1911 de Préssenssé, *R.D.P.* 1911, p. 690 n. Jèze.
(37) *C.E.*, 9 juin 1893 Thorrand, 450.
(38) Arrêt demoiselle Noualhier *S.*, 1899-3-1 et *S.* 1904-3-141.
(39) *C.E.*, 8 avril 1938 Bollon, *D.*, 38-3-40, 19 octobre 1938 Amicale des Greffiers d'Algérie 767.
(40) *C.E.*, 4 mars 1938, Fédération des Transporteurs dl France.
(41) *C.E.*, 19 décembre 1930, Epoux Muller, 1088.
(42) *C.E.*, 9 juin 1920, 565.
(43) *C.E.*, 27 juillet 1935 Virtos, 914.

truire un mur de sa propriété bordant la voie publique, alors que dans une décision antérieure le Conseil d'Etat avait accordé une indemnité au requérant, le mur de sa propriété ne s'étant en effet affaissé que par suite de l'insuffisance du contre mur de soutènement de la voie publique : cette indemnité n'obligeait pas le requérant à reconstruire, avant que la commune n'ait elle-même effectué les travaux de voirie nécessaires (44).

Ainsi donc, se prose le problème de l'efficacité des décisions de justice rendues contre l'Administration que son mauvais vouloir, son inertie, ses ruses peuvent paralyser, et s'il est exact de constater avec M^lle^ Fayolle (45) que « ... la puissance de l'Administration, ses prérogatives, son indépendance vis-à-vis du juge, tout cela est une donnée du pouvoir politique ; l'obligation d'exécuter la chose jugée est un principe juridique. C'est au nom du droit que la justice entend se faire obéir par l'Administration ; la prétention de l'Administration n'est qu'une donnée utilitaire du problème de l'organisation étatiste. Or, dans la ligne du Bien commun, le juridique l'emporte en *dignité* sur le politique, le juste sur l'utile. Des deux pincipes, de l'indépendance de l'Administration et du respect de la chose jugée, c'est à ce dernier que revient la primauté », cela risque de demeurer platonique s'il n'est pas fourni aux justiciables les moyens essentiels pour amener l'Administration à rescipissence, soit en agissant directement contre elle, soit en agissant indirectement contre elle, sur ses biens ou sur ses agents.

Notre propos sera donc de rechercher si, d'une part, il existe des possibilités d'action directe et, à défaut, d'action indirecte, grâce auxquelles les simples particuliers sont assurés de voir leurs prétentions réalisées. L'Etat doit être réputé honnête homme — mais par quels moyens parfois le lui rappeler ?

---

(44) *C.E.*, 11 juillet 1944 de Fernehem de Bournonville 200.
(45) *Op. cit*, p. 179.

TITRE DEUXIEME

Pouvoir du Juge et contrainte directe

L'existence d'un juge administratif pouvait laisser espérer aux justiciables qu'en raison de son caractère spécial, il disposerait de pouvoirs propres d'action sur l'Administration. Mais nous avons vu que l'Administration s'en est toujours considérée indépendante, tout autant que du juge judiciaire.

Cependant, il est intéressant de constater que le juge administratif ne se contente pas de « dire le droit administratif », de préciser ses devoirs à l'Administration (c'est là l'aspect « force obligatoire » de la chose jugée) mais qu'il cherche les moyens susceptibles d'assurer l'exécution de ses décisions (c'est là l'aspect « force exécutoire »). C'est à l'étude de ces moyens que nous allons maintenant nous livrer.

Mais auparavant, il est indispensable de savoir ce qui, dans la décision juridictionnelle, possède l'autorité de la chose jugée : notre chapitre 1er sera donc consacré à l'étude de la portée et du contenu de la chose jugée ; nous étudierons dans un chapitre II, les moyens de coercition à la disposition du juge.

CHAPITRE PREMIER

PORTEE ET CONTENU DE LA CHOSE JUJGEE

SECTION I. — PORTEE DE LA CHOSE JUGEE

Le justiciable nanti d'une sentence juridictionnelle à l'encontre de l'Administration, peut être porté à croire que l'Administration est tenue de se conformer à la décision tout entière. Il n'en est cependant rien. Seul, le dispositif est pour elle obligatoire. Si les motifs, en tant que tels, l'étaient aussi, ce serait permettre au juge de statuer par voie générale, ce qui lui est interdit, ou autoriser l'Administration en considération de certains motifs à une interprétation restrictive de la décision (1).

Mais cependant, suivant en cela la jurisprudence judiciaire (2), les tribunaux administratifs estiment que l'autorité de la chose jugée peut jouer à l'égard des motifs dans la mesure où ils sont nécessaires pour expliquer le dispositif (3) : « Si le dispositif emporte seul force de chose jugée, il est constant en droit commun qu'il ne saurait être séparé des motifs qui lui servent de base, lorsque ces motifs concourrent à manifester la volonté du juge ». — « Si en principe, la chose jugée réside dans le dispositif des jugements, ce dispositif ne doit pas être envisagé abstraction faite des motifs, lorsque ceux-ci peuvent seuls en déterminer la portée ». On a vu le Conseil d'Etat renvoyer expressément par le dispositif aux motifs. Tel un renvoi devant le Ministre des Pensions pour liquidation d'une pension « sur les bases ci-dessus indiquées » (4). Très souvent, la formule du renvoi pour ce que de droit est exprimée dans les motifs, grâce auxquels aussi le Conseil d'Etat ne pouvant donner un ordre à l'Administration, se permet de reconnaître le bien-fondé d'une requête (5).

Cette précision du dispositif par les motifs a aussi son intérêt quand le dispositif ne dit pas s'il y a rejet au fond ou irrecevabilité, ce qui est capital pour l'introduction d'un nouveau

---

(1) *C.E.*, 27 mai 1863 Pensa: « Le Ministre n'a pas dans un mandat délivré pour le paiement de l'indemnité allouée à un particulier par une décision du *C.E.*, à insérer un extrait des considérants de cette décision et à règler ainsi les droits qui pourraient être exercés à l'avenir par le Ministre ou les particuliers; le Ministre doit se borner à exécuter la décision du *C.E.* »...

(2) Req. 21 novembre 1899. *D.* 1900-1-18.

(3) *C.E.*, 26 juillet 1912, C° des chemins de fer Orléans et Midi 889 Concl Riboulet et *D.*, 1916-3-19. V. sur cette question, Marc Noël « Les motifs dans les décisions des juridictions administratives », *R.D.P.*, 1924, p. 380.

(4) *C.E.*, 18 mars 1831, Béry 310.

(5) *C.E.*, 26 juin 1908, Daraux, 689.

recours ; de même s'il n'indique pas dans un jugement avant dire-droit, s'il s'agit d'un juement préparatoire ou interlocutoire.

Ainsi, l'Administration peut se trouver liée par la pensée du juge, le contenu de la chose jugée étant assez précis pour ne laisser que peu de marge à l'appréciation discrétionnaire de l'autorité.

SECTION L. — CONTENU DE LA CHOSE JUGEE

Nous avons déjà vu que la chose jugée doit être tenue pour vraie « quelqu'en soit le mérite » (6), du moment qu'elle est définitive (7) : mais cela a souvent pour conséquence — et c'est ce qui fait l'objet de notre étude — d'obliger l'Administration à un acte positif.

Normalement, cette obligation n'a pas besoin d'être précisée par la décision juridictionnelle : une condamnation à indemnité comporte implicitement l'invite à mettre en branle le mécanisme de la liquidation et de l'ordonnancement — une annulation sur recours pour excès de pouvoir invite l'Administration à tirer « les conséquences de droit qui découlent des constatations de droit » (8), Et le Conseil d'Etat rappelle dans ses arrêts les « obligations résultant de ses décisions » (9).

Ainsi, l'Administration sait-elle à quoi s'en tenir : elle doit accomplir l'acte illégalement refusé, reprendre la procédure irrégulière qui a entrainé le refus (10), prendre la où les mesures positives nécessitées par l'annulation, en sachant que seront entachées de nullité, les décisions prises postérieurement à la mesure irrégulière (sauf si peut jouer la théorie des fonctionnaires de fait : v. *infra*, p. 500) : ainsi, l'annulation d'une promotion indivisible peut entraîner celle d'autres promotions formant un « ensemble indivisible » (11) ; l'annulation d'un déplacement irrégulier de fonctionnaire implique, rappelle le Conseil d'Etat, l'obligation de replacer le requérant à son poste et d'annuler la décision lui nommant un successeur (12). L'Administration sait qu'elle doit rétablir la situation juridique antérieure, qu'il ne lui suffit pas de s'incliner devant une annulation (13), mais qu'elle peut être amenée à prononcer « tous reclassements utiles, afin de

---

(6) *C.E.*, 29 juillet 1932 Soc. Graf et C° 828, Cf. aussi un très ancien arrêt *C.E.*, 18 mars 1842 Elections d'Omessa 125 où il est dit qu'un Bureau de vote n'a pas à apprécier un jugement ordonnant l'inscription d'un électeur sur les listes électorales.

(7) *C.E.*, 19 décembre 1930. Epoux Muller, 1088 Une décision juridictionnelle n'est évidemment pas définitive si elle a été postérieurement réformée : le refus de l'exécuter ne constitue donc pas une violation de la chose jugée *C.E.*, 5 mars 1947. Département de la Haute-Garonne. *S.D.J.* mars-avril 1947, p 49.

(8) n. Hauriou *S.* 1907-3-17 sous arrêt Denis et Rage Roblot.

(9) *C.E.*, 28 mai 1935 Graulier 606.

(10) Arrêt Denis Rage-Roblot précité, *C.E.*, 18 février 1939 Corniquet 95, *C.E.*, 11 avril 1913 C° des Tramways de l'Est Parisien, *S.* 1914-3-113.

(11) *C.E.*, 28 février 1934, Delmas, 278.

(12) *C.E.*, 20 janvier 1939 Hollender, 20.

(13) *C.E.*, 30 novembre 1900 Viaud, dit Loti. *S.*, 1903-3-23 concl. St-Paul, 19 juin 1903 Colonel Ledochowski, 453-3 mars 1933 Allilaire, *D.*, 1933-3-45 n. Valensi. Voir sur cette jurisprudence relative à la reconstitution de carrière: J. Spach « Les suites de l'annulation d'une nomination , promotion, révocation ou mise à la retraite », *Thèse Strasbourg*, 1936 Jèze: Principes généraux de Droit Administratif, T. 2, p. 529.

reconstituer la carrière du fonctionnaire » (14) et même à réformer, quoique non attaquées dans le délai légal les décisions comportant la même erreur de droit que celle qui vient d'être annulée (15). L'Administration doit enfin respecter l'esprit de la chose jugée, et ne pas faire usage de pouvoirs en tant que tels légaux, mais utilisés en l'espèce dans le seul but de faire pièce à l'autorité de la chose jugée. C'est ainsi que le Conseil d'Etat a eu l'occasion de sanctionner le détournement de pouvoir de l'Administration qui avait réquisitionné, au profit d'un administré, une exploitation agricole, afin de retarder l'exécution de l'arrêt du Conseil d'Etat qui avait annulé l'arrêté préfectoral de concession d'exploitation agricole (16).

Le Conseil d'Etat est suffisamment explicite, et insufle suffisamment le droit administrati aux autorités pour que celles-ci ne risquent plus de se méprendre sur le sens de leurs obligations. Il leur est impossible d'exciper de leur ignorance, mais souvent la mauvaise foi ou l'inertie l'emportent. Est-ce qu'en plus du rappel détaillé du Droit, le juge peut prescrire à l'Administration les mesures à prendre, lui donner l'ordre de les accomplir ?

---

(14) *C.E.*, 26 décembre 1925, Rodière. *R.D.P.*, 1926; P. 32 n. Jèze conclusions Cahen-Salvador, cf. *C.P.* Versailles 8 mars 1946, Lecomte *D.* 1946 , *J.* 112.

(15) *C.E.*, 26 janvier 1934 Glone 134, *C E.*, 21 juillet 1934 Gouvernement Général d'Indochine 852, *C.E.*, 15 mars 1935 Le Loir 350, *C.E.*, 4 juin 1935 Baniot 545, *C.E.*, 27 novembre 1935 Porateau, 1106.

(16) *C.E.*, 29 décembre 1944, Dame Lamotte, 333.

CHAPITRE II

LES POUVOIRS DU JUGE

Le juge administratif n'est qu'un juge, il n'est pas un administrateur et ne dispose donc pas de pouvoirs directs accordés dans certains cas aux supérieurs hiérarchiques ou aux autorités de tutelle, pouvoirs de substitution ou de réformation dans lesquels se manifeste, à son plus haut degré, la puissance de coercition.

SECTION 1. — LES POUVOIRS DE SUBSTITUTION ET DE REFORMATION

Sous-Section 1. — Les pouvoirs de substitution

Si le juge administratif avait le droit de se substituer à l'autorité dont il annule l'acte, il serait alors un supérieur hiérarchique et non plus un juge. On a dit (1), surtout pour le Conseil d'Etat, qu'il exerce un contrôle hiérarchique en la forme juridictionnelle, ce qui est discutable et, somme toute, fort approximatif puisque nous lui voyons dénier précisément une des prérogatives les plus impartantes du pouvoir hiérarchique (2).

La jurisprudence est constante en la matière. L'arrêt Clément du 12 mai 1869 où l'on voit le Conseil d'Etat, après avoir annulé le refus d'une délivrance d'alignement, donner lui-même l'autorisation de réparer un mur mitoyen en posant certaines conditions, est resté isolé et date de la période de la justice retenue où le Conseil d'Etat pouvait être encore mal fixé sur ses prérogatives.

La jurisprudence postérieure dénie tout pouvoir de substitution au juge administratif, qui ne peut, ni établir un crédit aux budgets présents et futurs (3), ni accorder un alignement ou l'autorisation de bâtir conforme à cet alignement (4), ni se substituer à une autorité de tutelle pour approuver un arrêté municipal (5), ni édicter une disposition de nature règlementaire visant à l'institution d'une mesure transitoire pour assurer l'avance-

---

(1) De Lacharrière: « Le contrôle hiérarchique de l'Administration dans la forme juridictionnelle », *Thèse Paris* 1937. *C.E.* Conclusions Corneille, *C.E.* 5 juin 1908 Marc, *S.*, 1909-3. Concl. Tissier *C.E.*, 10 août 1917 Baldy. Cf. Marc Noël *op. cit.*, p. 350.

(2) Arthur *R.D.P.*, 1900, p. 274 « abroger une loi ne peut appartenir qu'au législateur, casser des jugements ne peut appartenir qu'au juge, annuler un acte administratif ne peut appartenir qu'à l'Administration ». La troisième proposition est mal exprimée, mais Arthur a bien posé l'indépendance des diverses autorités.

(3) *C.E.*, 21 novembre 1902 Commune de Daon.

(4) *C.E.*, 4 décembre 1903 Blaise, 745.

(5) *C.E.*, 27 octobre 1937 Fairier 865.

ment d'un fonctionnaire (6), ni accorder une autorisation due par l'Administration (7). On avait voulu voir un changement de jurisprudence dans l'arrêt Cie des Tramways de l'Est Parisien (8) où le Conseil d'Etat avait refusé d'accorder une permission de voirie pour le motif que l'obtention d'une pareille permission ne constituait pas un droit : ce qui paraissait permettre de dire que si la demande avait été relative à un droit (alignement individuel, permis de chasse, dérogation au repos hebdomadaire), le Conseil d'Etat se serait substitué à l'Administration. Dans sa note, le doyen Hauriou déclare qu'il n'y avait là qu'une formule peu adroite, et que la jurisprudence ne se modifierait pas, ce en quoi il avait eu une vue juste de l'avenir. Il avait d'ailleurs lui-même proposé le procédé de substitution comme réalisant une simplification dans les affaires où la compétence de l'Administration était liée (9) : mais c'est là l'atteinte type à la séparation des pouvoirs, principe toujours respecté par le juge, malgré les prophéties du début du siècle (10). On peut en outre se demander si l'Administration ne risquerait pas, connaissant les possibilités de substitution du juge, de se désintéresser totalement de l'exécution des décisions juridictionnelles, comptant sur un juge promu au rôle de service de distribution.

Toutefois, il est des cas où ce pouvoir de substitution existe au profit du juge administratif seulement, mais encore est-il prévu par un texte ou fruit de la coutume.

En vertu de l'artcle 60 de la loi des 14-22 décembre 1789, les particuliers bénéficient d'un recours devant le Préfet pour obtenir la radiation des délibérations du Conseil Municipal injurieuses à leur égard : par l'arrêt Dupuy (11). Le Conseil d'Etat jugeant un refus préfectoral de radiation s'est déclaré compétent pour ordonner à la place du Préfet cette radiation. En la matière, aucun intérêt du service public n'est en jeu. Il s'agit seulement de l'honneur d'un particulier, qui, aux yeux du Conseil, mérite plus de soins qu'un intérêt.

Sous le régime du décret du 15 octobre 1910 et de l'ordonnance du 19 janvier 1815, le Conseil d'Etat pouvait accorder des autorisations de création d'établissements dangereux, incommodes et insalubres de deuxième catégorie après avoir annulé le refus du Préfet (12). Sous le régime de la loi du 19 décembre 1917 et du décret du 24 décembre 1919, le Conseil d'Etat, jugeant en appel du Conseil de Préfecture, conserve le même droit pour les établissements de première et deuxième catégorie (13) avec la possibilité de fixer ses conditions propres (14) et même de changer celles posées par le Préfet (15).

Il y a là quelque chose de très spécial qui ne peut s'expliquer que par la nature des intérêts en cause et la survivance d'une règle coutumière. Il pouvait d'ailleurs sembler illogique que la

---

(6) *C.E.*, 25 mars 1931 Rochemont 343.
(7) Cf. Concl. Romieu sous *C.E.*, 30 novembre 1906 Jacquin 862.
(8) *C.E.*, 11 avril 1913. *S.*, 1914, 2., 113 n. Hauriou.
(9) V. n. au Sirey 1912-3-19; même idée chez Jèze *R.D.P.* 1905, p. 11, n. 3.
(10) V. *supra*, p. 378.
(11) *C.E.*, 4 décembre 1936, 1062.
(12) *C.E.*, 21 mai 1913 Soc. Docks Rémois 550.
(13) *C.E.*, 19 novembre 1930, Martin 948, *C.E.*, 13 mars 1937 Lefèbvre 313.
(14) Arrêt Martin précité.
(15) *C.E.*, 26 janvier 1926 Bejot 51.

réformé de 1872, qui donnait au Conseil d'Etat plus d'autorité, lui retirait de ses pouvoirs en la matière.

Il est loisible au législateur de prévoir le pouvoir de substitution du juge, s'il estime utile d'offrir une forte garantie aux particuliers pour la protection de certains intérêts qui ne risquent pas de gêner la marche des services publics. Mais il est loin d'être sûr que ce soit là une solution souhaitable de voir généraliser (16).

Sous-Section 2. — Le pouvoir de réformation

Ce que nous venons de poser est applicable au pouvoir de réformation. Celui-ci n'est concevable qu'entre autorités de même ordre et non pas entre autorités séparées. Cependant, on a voulu voir l'existence de ce pouvoir reconnu par le Conseil d'Etat dans des arrêts semblables à l'arrêt Laporte (17) ou l'on pouvait lire ceci dans le dispositif : « La disposition finale de l'article 3, les articles 8 et 19, le paragraphe 2 de l'article 16 et l'article 19 de l'arrêté susvisé sont annulés ». Il y a beaucoup d'exemples d'annulations partielles paraissant aboutir ainsi à un nouveau règlement élaboré par le Conseil d'Etat. Mais annuler, n'est pas créer, surtout s'il s'agit d'une annulation pour vice de forme. De toutes façons, l'Administration n'aura qu'à reprendre les parties annulées, en évitant les risques de nullité : mais le Conseil dEtat sera resté dans son rôle, laissant l'Administration libre dans son action réformatrice.

L'annulation n'apporte donc rien de nouveau, elle ne réforme pas. Cela est si vrai d'ailleurs que le Conseil d'Etat annule dans son ensemble une décision administrative, s'il lui apparaît que les dispositions irrégulières ne peuvent être fractionnées (18). Il arrive cependant que certains arrêts du Conseil réforment des décisions administratives ; mais cela n'a jamais lieu que dans les matières où il possède déjà un pouvoir exceptionnel de substitution (19).

SECTION II. — LE POUVOIR D'INJONCTION

Sous-Section 1. — Absence de pouvoir d'injonction en tant que tel

Ne pouvant agir à la place de l'Administration, le juge a-t-il le droit de lui donner l'ordre d'exécuter l'acte nécessaire à l'accomplissement de la chose jugée ? Non par un ordre quelconque, mais

---

(16) L'article 19 du décret du 2 février 1852 a attribué au juge de paix un certain pouvoir de substitution en matière de litiges relatifs aux inscriptions sur les listes électorales: l'ordonnance du juge de paix prescrivant l'inscription vaut en effet inscription, puisque les électeurs munis de sa sentence sont alors admis à voter.

(17) *C.E.*, 19 février 1904, 129, *C.E.*, 6 janvier 1933 Association des propriétaires algériens, *D.*, 1933-3-26.

(18) *C.E.*, 17 novembre 1899 Cestier 645.

(19) *C.E.*, 15 mai 1914 Soc. des Etablissements Jourdrain, 589: Le Conseil d'Etat remplace certaines dispositions d'un arrêté du Préfet de police par d'autres, mais il s'agissait d'autorisation d'installation d'établissements dangereux, incommodes et insalubres.

Le juge des élections possède aussi un important pouvoir de réformation en ce qui concerne l'opération de calcul des voix, puisqu'il peut réformer les décisions des autorités administratives qui ont proclamé les résultats du scrutin, si ces décisions sont erronées.

déterminant la mesure précise d'exécution à prendre ? Le justiciable trouverait certainement dans un pouvoir d'injonction une garantie très forte, puisque l'Administration se verrait imposer à la fois la fin et les moyens.

Mais, jamais jurisprudence ni doctrine n'ont admis un tel pouvoir qui porterait atteinte au principe de l'indépendance de l'Administration et serait la cause d'un dépassement de compétence de la part du juge devenu juge de l'opportunité.

1° *La jurisprudence.*

Le juge administratif a, de tout temps, observé une attitude très nette, se refusant tout droit d'injonction à l'encontre des autorités. Mais il n'en a pas toujours été de même de la part du juge judiciaire.

A) *Jurisprudence judiciaire.*

Les tribunaux judiciaires sont, on le sait, compétents en certaines matières administratives, de par la loi, la coutume ou les principes supérieurs du droit. La nature des intérêts sur lesquels ils se prononcent (propriété privée, liberté, dignité de la personne) leur apparaît les autoriser à enjoindre sévèrement aux pouvoirs publics l'accomplissement de leur tâche : faire cesser l'acte qui constitue une voie de fait, radier ou inscrire un individu sur les listes électorales, libérer un individu placé dans un asile d'aliénés. On ne peut en déduire ainsi que le fait M. Jèze (20) qu'il s'agit d'un véritable pouvoir d'injonction. En réalité, l'ordre donné par le juge judiciaire, pour si brutal qu'il soit, ne peut être que platonique à l'égard d'une administration récalcitrante. Que sert-il, en effet, de proclamer qu'une ville doit, dans un certain délai, donner à un bien à elle légué, l'affectation voulue par le testateur : qui peut la forcer à créer le jardin public ainsi prévu (21) ?

Le juge judiciaire est persualé de la force de sa formule exécutoire, alors qu'elle est totalement dépourvue d'efficacité. De toutes façons, on est ramené à la nécessité d'un recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat au cas d'atteinte à l'autorité de la chose jugée. Du reste, chaque fois que le juge judiciaire se saisissait d'une affaire administrative au temps où le Conseil d'Etat faisait office de tribunal des conflits, celui-ci lui rappelait qu'il n'avait pas plus de pouvoirs que le juge administratif et que, par exemple, il ne lui appartenait pas :

— de contraindre un Ministre à remettre certaines pièces, même si elles ne devaient servir de base qu'à une action contre des tiers (22).
— de fixer la largeur et l'emplacement de chemins destinés à mettre en communication une propriété privée avec une voie publique (23).
— d'ordonner la destruction d'ouvrages publics (24).

Il n'y a rien là d'extraordinaire ; le juge judiciaire ne saurait avoir plus de pouvoir que le juge administratif de droit commun qui s'interdit d'adresser une quelconque injonction aux pouvoirs publics.

(20) *R.D.P.*, 1913, p. 463, n. 3.
(21) Trib. civ. Nancy, 13 novembre 1922, rapporté par M^lle^ Fayolle, p. 21.
(22) *C.E.*, 14 août 1837, Tournais, 390.
(23) *C.E.*, 11 mars 1843 Lorentz, 121.
(24) *C.E.*, 30 décembre 1858 de Novilhars, 785, *C.E.*, 15 mai 1858, département de la Gironde, 372.

B) *Jurisprudence administrative.*

Elle est, nous l'avons déjà dit, aussi constante que nette. Le Conseil d'Etat ne se reconnaît jamais le droit d'imposer, ni de dicter la mesure d'exécution nécessitée par ses décisions, à une autorité administrative, centralisée, décentralisée ou concédée (25). Il n'est pas rare de voir le Conseil d'Etat tancer sérieusement un Conseil de Préfecture pour avoir osé enfreindre cette règle (26).

La formule le plus souvent employée à cet effet est la suivante : « Considérant qu'il n'appartient pas au Conseil d'Etat de prescrire les mesures qui peuvent être les conséquences de l'annulation par lui prononcée » (27) ou par un autre tribunal administratif (28) non plus que d'assurer l'exécution des décisions des tribunaux judiciaires en condamnant l'Etat au paiement des sommes qu'elles ont pu mettre à sa charge (29). On trouve parfois une autre formule plus ramassée : « il n'appartient pas au Conseil d'Etat d'adresser des injonctions à l'Administration » (30). Ceci a pour conséquence que « c'est devant l'Administration que doivent se retirer les parties à l'effet de faire ordonner les mesures que pourraient entrainer l'annulation des décisions » (31).

Sauf texte spécial donnant au juge un pouvoir d'attribution (32), la règle est respectueusement respectée, tant pour les effets du recours pour excès de pouvoir que pour ceux du recours de plein contentieux, qu'il s'agisse d'enjoindre à l'Administration de faire un acte juridique ou un acte matériel.

a) *Actes juridiques.*

Les exemples en sont très nombreux : on peut seulement remarquer en comparant les dates des décisions juridictionnelles que les demandes visant à obtenir une injonction du juge deviennent plus rares. En fonction du développement du contentieux, les particuliers savent mieux à quoi s'en tenir sur l'étendue de leurs droits.

C'est à l'égard de toutes les activités administratives que se manifeste cette impossibilité d'injonction.

On ne peut demander au Conseil d'Etat d'enjoindre à un

---

(25) *C.E.*, 29 mars 1860, *D.*, 1860-3-33.

(26) *C.E.*, 29 janvier 1909, Ministre de l'Intérieur: annulation d'un arrêt de Conseil de Préfecture qui au lieu de se borner à constater l'inexistence d'un domicile de secours (Loi du 14 juillet 1905) avait décidé qu'un individu devait être assisté par l'Etat. Il appartenait seulement aux pouvoirs publics de tirer les conséquences de cette situation.

(27) Cf. *C.E.*, 25 avril 1873 abbé Dauphin 349, 20 avril 1883 de Bastard 367, *C.E.*, 13 juillet 1877 Hospices de Cray, 709, *C.E.*, 11 juillet 1890 Asile d'aliénés de Bossens 661, *C.E.*, 10 mars 1893 Papet 241, *C.E.*, 10 mai 1901 Vassiot 440, *C.E.*, 16 août 1910 Commune de Paluel 706, *C.E.*, 9 décembre 1910, Renaud 895, *C.E.*, 8 novembre 1912 Consorts Chabas 1019, *C.E.*, 9 mai 1913 Veillon, 29 juillet 1923, Baud 621.

(28) *C.E.*, 28 avril 1894 Follot 299: mesure destinée à assurer l'exécution d'un arrêt de Conseil de Préfecture.

(29) *C.E.*, 22 janvier 1943 Leneuveu 18.

(30) *C.E.*, 20 mai 1931, Richard 541.

(31) *C.E.*, 16 janvier 1874. Frères des Ecoles Chrétiennes, 43-45.

(32) *C.E.*, 9 décembre 1910, Association Culturelle Luthérienne Allemande, concl. Chardenet, mais il s'agissait là de l'application des articles 4 et 8 de la loi du 9 décembre 1905 organisant l'attribution des biens des Anciens Etablissements Publics des cultes.

Préfet de prendre un arrêté de cessibilité concernant un immeuble dont l'expropriation avait été déclarée d'utilité publique (33).

Pas plus que de prescrire le renouvellement d'un traité de concession (34) ou le rétablissement dans les cadres de la Légion d'Honneur (35).

Mais c'est surtout dans le domaine du statut de la fonction publique et dans celui des obligations financières de l'Administration que le Conseil d'Etat a eu le plus d'occasions de signifier son refus d'ordonner une mesure d'exécution :

C'est ainsi qu'il ne lui appartient pas d'ordonner la nomination d'un fonctionnaire (36) ni son inscription au tableau d'avancement (37), ni sa réintégration ou son rétablissement dans la fonction qu'il occupait avant la mesure irrégulière postérieurement annulée (38), ni à cette occasion l'allocation du traitement auquel il a droit (39). Enfin, le Conseil d'Etat refusera toujours d'enjoindre de rétablir un crédit (40), de rembourser une somme perçue à tort par l'Administration (41), d'opérer le paiement d'une somme dûe (42) ainsi que de verser une allocation de chômage (43).

b) *Actes matériels :*

Ce qui est constatable en matière d'acte juridique l'est aussi en matières d'actes matériels et l'on peut voir le juge administratif refuser d'ordonner à une Association Syndicale d'engager des poursuites contre un associé contrevenant à ses règlements (44), à un Ministre de communiquer son dossier à un fonctionnaire en instance disciplinaire (45), au Conseil d'Administration d'une Compagnie de Sapeurs-Pompiers de détruire sur les registres de délibération la décision ayant infligé une amende irrégulière à un pompier (46), à un Préfet de réouvrir un débit de boissons qu'il avait fait irrégulièrement fermer (47).

Mais c'est surtout dans la matière des travaux publics que s'est formée de longue date une jurisprudence qui n'a jamais variée et qui, à l'heure actuelle, a définitivement précisé ses contours.

Le Conseil d'Etat a commencé ainsi par affirmer qu'il ne pouvait ordonner ni l'exécution de travaux publics (48), ni leur suspension (49), ni la destruction d'ouvrages publics (50), que

---

(33) *C.E.*, 15 novembre 1901 Case.
(34) *C.E.*, 8 août 1896, C° des bateaux à vapeur de la Guadeloupe 65.
(35) *C.E.*, 22 juin 1900 de Chabanne 422.
(36) *C.E.*, 10 juin 1910 Aubry 450, *C.E.*, 16 mai 1941 Honorat 85. « Considérant qu'il n'appartenait pas au Conseil de Préfecture... d'ordonner qu'il serait procédé à la nomination d'un nouveau titulaire de ce poste ». Cf. *C.E.* 30 mai 1945 Boitard (fixation de la date de nomination).
(37) *C.E.*, 13 novembre 1924 Couchot 873.
(38) *C.E.*, 19 juin 1903 Colonel Ledochowcki 452, *C.E.*, 13 mars 1929 Roger 299, *C.E.*, 15 mai 1935 Carbucci, *C.P.* Versailles 8 mars 1946 Lecomte *D.* 46-8-112
(39) *C.E.*, 31 juillet 1908 Beziat 836.
(40) *C.E.*, 21 novembre 1902 Commune de Daon 678.
(41) *C.E.*, 10 décembre 1915 Abbé Mouhat 343, *C.E.*, 11 juillet 1890 Asile d'aliénés de Bossens 661.
(42) *C.E.*, 10 mars 1893 Papet 241, *C.E.*, 5 avril 1940 Curtet 128.
(43) *C.E.*, 7 juin 1939 Comité indépendant des chômeurs de Bordeaux.
(44) *C.E.*, 9 mars 1938 Syndicat du Marais de Montferrand 256.
(45) *C.E.*, 22 novembre 1907 Rossi 842. *C.E.*, 25 juin 1909 Dauteroche 609.
(46) *C.E.*, 9 décembre 1910 Renaud 895.
(47) *C.E.*, 8 novembre 1912 Consorts Chabas 1019.
(48) *C.E.*, 29 décembre 1859 Commune de Louchez 795, *C.E.*, 15 février 1860 Chemin de fer P.L.M. 132, *C.E.*, 12 avril 1878 Labro 418 cf. sup.
(49) *C.E.*, 4 septembre 1840 Fortier Beaulieu 375.
(50) 29 juin 1842 Pruvost 323.

ceux-ci résultent d'une décision régulière (51) ou irrégulière de l'Administration (52).

Cela, même si l'exécution d'un travail est susceptible de faire cesser un dommage (53), de prévenir son retour (54) ou en tant que tel, d'indemniser le requérant (55), même si les parties sont d'accord pour reconnaître la nécessité d'une telle exécution (56), même si l'Administration a promis d'y procéder (57).

2° *La doctrine :*

D'une façon quasi unanime, la doctrine ancienne ou récente, constate et approuve la jurisprudence constante. L'injonction est contraire au principe de l'indépendance de l'Administration, et spécialement en matière de recours pour excès de pouvoirs n'est pas concevable, annulation et injonction étant choses contradictoires, puisque l'annulation fait disparaître l'acte. Cependant, certains auteurs ont voulu voir dans l'annulation une injonction (58). M. Kellersohn écrit, en effet, (p. 182) « Ce qui donne à l'annulation son étendue, sa portée, c'est la décision elle-même... L'administrateur n'aura pas grand effort à faire pour déchiffrer les termes de l'injonction qui lui est adressée sous forme d'annulation ». Et il donne comme exemples : la jurisprudence issue de l'arrêt Lefage (59) depuis laquelle le recours pour excès de pouvoirs est admis contre les décisions refusant d'effectuer un paiement, ce qui donnait à l'annulation le sens et la portée d'une condamnation pécuniaire ; la jurisprudence relative aux nominations irrégulières de fonctionnaires (60), l'annulation d'une promotion de fonctionnaires, parce que l'un d'eux avait droit d'être nommé avant les autres, n'étant pas autre chose qu'un injonction à l'autorité supérieure d'antidater l'avancement du requérant.

Quoiqu'on en ait dit (61), il y a là une confusion : annuler un refus de paiement, n'est pas prescrire un ordonnancement, ni un mandatement, annuler une décision quelconque n'est pas prescrire la mesure apte à rétablir ou à établir une situation juridique ou matérielle, quelque soit la netteté du devoir positif de l'Administration. Une chose est de dire le droit, un autre d'imposer les moyens propres à sa réalisation.

C'est aussi commettre une erreur du même ordre que d'assimiler, comme le fait Goldenberg (62) l'annulation à un veto qui, pratiquement, se rapprocherait d'une réformation en deux temps : annulation suivie d'un renvoi pour ce que de droit, ce qui fait dire à cet auteur que le Conseil d'Etat donne des consultations qui, vu son autorité, valent des ordres. Il n'y a là que formules

---

(51) *C.E.*, 19 juillet 1843 Sarreins 641.
(52) *C.E.*, 20 avril 1883 de Bastard 367.
(53) *C.E.*, 4 juin 1857 Commune d'Osne-le-Val 458, *C.E.*, 26 janvier 1894 Lebreton 72, *C.E.*, 14 février 1925 C° des chemins de fer du Doubs 165. *C.E.*, 21 avril 1943 Commune d'Ury 109.
(54) *C.E.*, 21 juillet 1859 Pointurier 707, *C.E.*, 12 novembre 1875 Sieurs Julien, 894.
(55) *C.E.*, 4 août 1902 Lassalle 639.
(56) *C.E.*, 28 juillet 1869 Ville de Paris 726.
(57) *C.E.*, 11 novembre 1881, *D.*, 83-3-20.
(58) Kellersohn, *op. cit.* Allier, *op. cit.*
(59) *C.E.*, 8 mars 1912, 353.
(60) *C.E.*, 10 juin 1910 Aubry 450. *C.E.*, 20 décembre 1912 Gleize 1219, *C.E.* 31 janvier 1913 Micaëlli, 134, *C.E.*, 17 mars 1914, Bidault 358.
(61) Berthélémy, Traité élémentaire de droit administratif, p. 925.
(62) Le Conseil d'Etat juge du fait. *Thèse Paris* 1932, p. 27.

vagues et approximatives : en effet, une veto donne un coup de frein et non une accélération ; de plus, toute annulation n'est pas suivie d'un renvoi pour ce que de droit, et dans la mesure où celui-ci est utilisé, et précisément parce qu'il est utilisé, il ne constitue jamais une injonction.

On ne peut donc confondre annulation et injonction : la première n'est que la constatation de la nullité d'un acte, la seconde est un ordre d'avoir à prendre telle mesure déterminée. Que de l'annulation puisse être déduite une obligation à la charge de l'Administration, n'est pas niable : mais c'est tout autre chose que de lui imposer la mesure spéciale propre à concrétiser cette obligation.

On a le droit de regretter que ce privilège politique qu'est le principe de l'indépendance de l'Administration active, puisse rendre inefficace la décision du juge : plutôt que de déformer la réalité, mieux vaut la reconnaître loyalement, quitte à proposer des réformes.

C'est ce que certains ont déjà fait (63). Pour eux, la fonction du juge consiste à la fois à dire le droit et à prononcer la sanction restitutive du droit. Et s'il est normal de refuser au juge judiciaire d'adresser des injonctions à l'Administration, cela ne l'est plus de le refuser au juge administratif (64) et spécialement dans les matières où la compétence des Pouvoirs publics est liée.

Il est permis de se demander quelle serait l'efficacité d'une pareille réforme. Qu'importe, en effet, de pouvoir donner un ordre, de prescrire une mesure ?

Car l'ordre peut être désobéi et tout comme la constatation restera inutile s'il n'est accompagné de voies d'exécution. Il ne faut pas dire que cette inexécution précisera davantage la responsabilité de l'Administration : en la matière ce que le juge relèvera comme éléments de la responsabilité, ce sera la non soumission au droit et le préjudice subi, et non le refus d'employer tel moyen prescrit, simple question d'opportunité, résolue différemment selon les cas et selon les cas aussi, préjudiciable ou non.

Le seul intérêt de l'injonction serait de montrer au requérant que le juge a envisagé d'une façon complète sa requête et qu'il s'est soucié des moyens les plus aptes à lui bénéficier. Mais qui veut la fin, ne veut pas toujours les moyens et ce serait un contrôle bien délicat que celui des mesures d'exécution (65).

Cependant, le juge se rendant compte que souvent l'Administration pouvait pas ignorance ne pas savoir comment se conformer à sa décision, voulant à la fois, lui apprendre le droit de façon précise et donner toute garantie aux justiciables, a inventé un certain nombre de procédés, qui, respectant l'interdiction de l'injonction, n'en sont pourtant pas moins parents et en tout cas, tendent au même but par des voies détournées.

---

(63) Marie: De l'insuffisance du recours pour excès de pouvoir en tant que recours juridictionnel. *R.D.P.*, 1901. T. 16, p. 495.

(64) Marie, *op. cit.*, p. 510.

(65) Par ailleurs, l'annulation d'une décision administrative laisse parfois non seulement pratiquement mais encore juridiquement une liberté de choix à l'Administration. La décision juridictionnelle peut être valablement obéie, sans pour cela aboutir nécessairement à toutes les conséquences matérielles désirées par les requérants. Cf. *C.E.*, 19 février 1943. Nocton *D.C.*, 1944-118, n. J de Soto.

Sous-Section 2. — Les succédanés de l'injonction

1° Distinction du renvoi pour ce que de droit et de quelques formes voisines :

Les procédés du juge sont assez divers, mais participent tous de la même idée : faire connaître à l'Administration, sans utiliser une formule d'injonction, l'étendue de ses obligations, lui indiquer sans les lui imposer les mesures à prendre. Le juge renvoie à l'Administration « pour ce que de droit » et selon les cas, développe cette formule.

Mais en aucune façon, il ne peut s'agir d'une injonction. De sorte que l'on ne peut considérer comme un renvoi pour ce que de droit, l'ordre donné à un Ministre par le Conseil d'Etat de rétablir, dans les vingt-quatre heures, le dossier d'une affaire au Secrétariat du Contentieux (66). C'est là une forme spéciale d'inponction, autorisée par l'article 8 du décret du 2 novembre 1864, qui, prévoyant qu'à la suite de la communication obligatoire des dossiers aux Ministres intéressés, ceux-ci peuvent être tentés de les garder, permet à la section du contentieux « eu égard aux circonstances de l'affaire » de fixer « les délais dans lesquels les réponses et observations doivent être produites ». Le plus souvent, le Président de la section du Contentieux adressera une lettre de rappel : quelquefois comme en l'espèce, le Conseil fera une véritable sommation. Mais ceci n'intéresse que les rapports de l'Administration et de son juge : la reddition du dossier n'est due qu'à ce dernier, et non au requérant, envers lequel le Ministre ne peut être déclaré civilement responsable, mais seulement politiquement dans un régime parlementaire, sous la forme de l'interprétation (67). L'article 10 du décret du 16 juillet 1900 et l'article 56 de l'ordonnance du 31 juillet 1945, afin de résoudre ce délicat litige, autorisent le Conseil d'Etat, une fois le délai assigné au Ministre pour la production du dossier, après mise en demeure et si besoin est, après fixation d'un délai, à statuer si la mise en demeure reste sans effet ou si le dernier délai n'est pas observé (68).

De même n'est pas un renvoi pour ce que de droit à l'Administration le renvoi d'une affaire par le Conseil d'Etat à un Conseil de Préfecture, une fois l'arrêt du Conseil de Préfecture annulé : souvent le Conseil d'Etat lui précise la marche à suivre, en lui indiquant le sens de ses recherches, les conséquences juridiques des faits qu'il relèvera, la façon de calculer le montant de l'indemnité à allouer (69). Il n'y a là qu'une procédure de renvoi de juge à autre, laissant d'ailleurs ce dernier libre d'agir à sa guise, et ne pouvant créer à son égard une source de responsabilité au profit du requérant.

Il arrive aussi que le Conseil d'Etat renvoie le requérant à s'entendre avec l'Administration, posant les principes du droit dans son arrêt, mais s'en remettant quant à son exécution à un accord possible des parties. Cela ne lui est pas interdit : le juge n'est pas obligé de statuer par une seule décision sur tout le pro-

---

(66) *C.E.*,, 8 mars 1904 Paulé. *R.D.P.*, 1904 n. Jèze p. 101.

(67) Si l'Administration refuse de communiquer une pièce essentielle aux débats, il peut y avoir matière d'un recours ultérieur en révision devant le Conseil d'Etat. *C.E.*, 22 juin 1934 Guien *D.H.* 1934-479, *C.E.*, 16 janvier 1931 Lanoé, *D.*, 1932-3-35 concl. Josse.

(68) *C.E.*, 28 mars 1947 Soc. des Chaux et Ciments de Lafarge 139.

(69) *C.E.*, 5 juillet 1919 Gaz de Nice, *R.D.P.*, 1920, p. 75.

cès — c'est ce que fait le juge judiciaire par la pratique des astreintes — et peut se réserver de prendre une seconde décision plus tard, dans le cas où la partie reconnue en faute ne s'exécuterait pas. Cela a l'avantage d'éviter les lenteurs et les frais d'une expertise, de s'en remettre à ceux qui, professionnellement et techniquement, connaissent le fond du problème, et qui, mieux que quiconque, sont capables de concrétiser les directives juridiques du Conseil d'Etat (70).

Il peut paraître paradoxal de renvoyer à s'entendre ceux qui n'ont fait un procès que parce qu'ils ne s'entendaient pas. Mais ce n'est qu'une forme de renvoi à l'administrateur mieux informé qui permet au Conseil, sans se servir du renvoi pour ce que de droit, c'est-à-dire sans lui suggérer la mesure à prendre de se débarasser de problèmes techniques encombrants pour lesquels il est médiocrement qualifié. C'est un procédé qui est utilisé en matière de responsabilité de l'Administration, lorsque le juge établit le principe de cette responsabilité et renvoie au Ministre liquidateur pour statuer sur l'étendue du préjudice. Il est intéressant de noter que ce procédé rapproche le recours de pleine juridiction du recours en annulation ou en cassation, le juge ne statuant que sur le droit (71).

Bien entendu, si le justiciable est mécontent de la décision administrative ainsi prise sur invitation du Conseil d'Etat, il lui est toujours possible de recourir à nouveau devant le juge.

Mas ce n'est pas un renvoi pour ce que de droit, quoique extrêmement voisin. Plus qu'il ne lui indique les mesures à prendre, le juge s'en remet surtout à l'Administration qu'il charge d'exécuter correctement ses décisions suivant les principes par lui posés.

Cependant, renvoi pour ce que de droit et renvoi à statuer, ont ceci de commun qu'ils constituent des mesures préventives à l'encontre de l'Administration. C'est ce qui les distinguent des formules de censure morale qui ne sont que l'expression d'un regret de la part du juge, qu'il s'agisse d'une décision qui constate simplement l'inexécution de la chose jugée, complète (72), ou partielle (73), ou le droit d'un particulier, sans qu'il lui soit possible d'imposer juridiquement la mesure que le juge souhaitait voir prendre (74), ou bien qui manifeste sérieusement un mécontentement : « il est regrettable que l'Administration n'ait pas pris les mesures nécessaires pour que le renouvellement du Conseil Municipal ait lieu en conformité de la chose jugée » (75),

(70) V. Jèze *R.D.P.*, 1916, p. 236 n. sous arrêt Gaz de Bordeaux.

(71) La jurisprudence est particulièrement fournie. Nous citerons deux arrêts assez éloignés en date mais où les formules restent semblables: *C.E.*, 21 mai 1920 Consorts Colas: « Les époux Colas sont renvoyés devant les Ministres... pour liquidation de l'indemnité à allouer aux requérants en réparation du préjudice qu'ils justifieront leur avoir été causé par la mort de leur fils tué dans l'explosion du cuirassé « Liberté », *C.E.*, 23 mars 1945 époux de Richemont: « qu'il y a lieu de renvoyer devant le dit Ministre *à défaut d'accord amiable* pour y être procédé à la liquidation de l'indemnité qui lui est due, en tenant compte de toutes les circonstances et notamment de l'étendue du terrain sur lesquels la dame de Richemont justifiera avoir des droits ».

(72) *C.E.*, 24 février 1899 Viaud, *C.E.*, 30 novembre 1900 Viaud, *C.E.*, 4 novembre 1921 Ferré de Perroux.

(73) *C.E.*, 4 mai 1932 Les fils d'Arthur Mathieu et C°, 452.

(74) *C.E.*, 26 juin 1908 Daraux, *S.*, 1909-3-120 « malgré ses demandes réitérées le requérant n'a pu obtenir le paiement des sommes à lui dues... Le Préfet ne lui a donné aucune raison de son refus ».

(75) *C.E.*, 16 décembre 1902 Election de Bouilh-Pereuilh, *S.*, 1909-3-129.

même si la décision juridictionnelle ne constituait qu'un jugement préparatoire (76). Ce ne sont là que des décisions à posteriori, qui n'enjoignent ni ne conseillent rien, et se contentent d'exprimer un blâme, indiquant à l'Administration ce qu'elle aurait dû faire et non ce qu'elle a à faire.

2° Le renvoi pour ce que de droit proprement dit :

A) C'est la formule employée par le juge qui indique à l'Administraiton les mesures d'exécution que comporte sa décision. Devant l'impossibilité d'adresser une injonction, il utilise une formule qui laisse à l'Administraton toute liberté, mais en la prévenant des conséquences possibles de son inexécution ou d'une exécution irrégulière.

La 1re manifestation officielle du renvoi pour ce que de droit, peut être trouvée dans l'arrêt Jacquin rendu selon les conclusions du Commissaire du Gouvernement Romieu (77), qui préconisait aussi l'emploi de ce procédé : « Dans le cas où il reconnaît que le refus d'autorisation est illégal, le Conseil d'Etat doit se borner à prononcer l'annulation de l'arrêté portant refus, sans accorder lui-même l'autorisation : c'est une application du principe de la séparation des pouvoirs... Toutefois, *afin de bien préciser le droit des citoyens et l'obligation de l'Administration,* nous ne verrons aucun obstacle à ce que le Conseil d'Etat, après avoir annulé l'arrêt qui rejette une demande d'autorisation fondée en droit, *renvoie le demandeur devant l'autorité compétente pour faire l'acte, afin qu'il soit statué à nouveau sur sa demande ;* le principe de la séparation des pouvoirs serait respectée puisque ce ne serait jamais que l'administrateur qui ferait l'acte, *mais la proclamation du droit serait plus manifeste* » (78).

Ce point de vue a été adopté par la quasi unanimité de la doctrine et souvent rappelé par les Commissaires du Gouvernement, tous les auteurs s'accordant à reconnaître qu'il n'y avait pas là une injonction, mais seulement « un rappel éloquent à la moralité administrative » (79), une « invitation déguisée à obéir » (80).

Ainsi, la jurisprudence n'a pas tardé à utiliser ce procédé, non seulement pour les autorisations légalement dues, mais pour toutes sortes d'affaires. Cela de manière expresse ou implicite, la formule comportant, selon les cas, plus ou moins de précision.

Très souvent, le juge se contente de spécifier le renvoi « pour que soient prises les mesures que comportent la décision » (81) en appuyant parfois de commentaires sévères son affirmation relative à la nécessité de prendre « les mesures qui devront mettre fin à la situation regrettable créée par les procédés dilatoires de l'Administration locale depuis un demi-siècle » (82).

Généralement, le renvoi pour ce que de droit est exprimé dans le dispositif, mais quand il ne peut faire autrement, le Conseil d'Etat l'insère dans ses motifs. Ainsi, dans l'arrêt Daraux,

---

(76) *C.E.*, 12 juin 1914 Lhuillier, *R.D.P.* 1914-595.
(77) *C.E.*, 30 novembre 1906-862 et s.
(78) Cf. Tessier. Traité de la responsabilité de la puissance publique.
(79) Hauriou n. sous arrêt Daraux, *S.* 1909-3-129.
(80) Commissaire du Gouvernement Corneille, conclusions pour l'arrêt Toesca, *C.E.*, 8 août 1919.
(81) *C.E.*, 28 juillet 1911 Rougegré 908, *C.E.*, 7 juillet 1922 Le Gloahec *C.P* Versailles, 8 mars 1946 Lecomte, *D.*, 46, *J.* 212, *C.E.*, 5 avril 1940 Curtet 128.
(82) *C.E.*, 26 juillet 1926, dame veuve Mehl, 745.

il invite dans ses considérants le requérant à poursuivre, par la voie administrative devant le Ministre, le règlement des sommes qui lui sont dues, mais au sujet desquelles on ne peut exiger de l'Administration qu'elle recoure à la procédure d'inscription d'office. Ainsi donc, la requête est rejetée en même temps que les Pouvoirs publics sont invités à y faire droit. C'est là « le rappel éloquent à la moralité administrative » que signalait le doyen Hauriou.

Souvent, la formule est encore plus précise. « Considérant que le rétablissement demandé est la conséquence de droit de l'annulation qui va être prise » (83). Le terme « conséquence de droit » indique bien que le Conseil d'Etat ne fait qu'insister sur le devoir juridique de l'Administration, mais ne lui impose pas la mesure à prendre. Il n'est pas rare non plus de voir le juge signaler aux autorités que si certaines mesures — qu'il ne précise pas — ne sont pas prises pour faire cesser un dommage, « le requérant aura un droit nouveau à faire valoir » (84), et même la matière dont il envisage l'exécution de ses décisions, en indiquant, par exemple, à l'Administration chargée de délivrer une autorisation de bâtir. la hauteur d'immeuble qui ne déparerait pas la perspective de la Madeleine (85).

La formule peut par contre être implicitement contenue dans la décision, et son existence, encore que cachée, permet de s'apercevoir qu'en dépit de la lettre apparente de l'arrêt, celui-ci ne révèle ni une substitution, ni une réformation, ni une injonction. C'est ainsi que l'arrêt Société la Volta (86) peut prêter à confusion : « L'arrêté est annulé ; la Société la Volta est autorisée à continuer son exploitation en se conformant aux conditions imposées par les arrêtés des... ». Il semble que le Conseil d'Etat donne lui-même l'autorisation, et qu'il y ait là une substitution d'action (87) ; il n'en est rien, car le Conseil d'Etat se contente d'autoriser à condition de respecter les conditions imposées par l'Administration. Il n'y a là qu'un renvoi implicite qui se trouve aussi dans la formule de l'annulation « en tant que » (88) qui ne signifie pas autre chose que l'obligation pour l'Administration d'avoir à refaire un acte, dans la mesure de l'annulation de la décision irrégulière.

B) Ce sont là les caractéristiques essentielles du renvoi pour ce que de droit. Mais force est de reconnaître que l'on se trouve assez souvent en présence d'arrêts qui, ne se contentant pas de prévenir l'Administration des sanctions possibles en cas d'inexécution de la chose jugée ou d'indiquer les mesures qu'il serait souhaitables de lui voir prendre, précisent dans le moindre détail la procédure nécessaire pour réintégrer le requérant dans ses droits, y compris même les formalités. C'est là un avantage inappréciable pour les simples particuliers, mais n'est-ce pas un retour à l'injonction du juge ?

C'est dans la matière du statut de la fonction publique que l'on trouve le plus grand nombre d'arrêts en ce sens, soit que le juge indique par le menu la procédure à suivre pour faire

(83) *C.E.*, 19 juin 1903 Ledochowski.
(84) *C.E.*, 25 avril 1934 Castel 469.
(85) *C.E.*, 1er août 1914 Wiriot.
(86) *C.E.*, 24 février 1910.
(87) Kellershohn *op. cit.*
(88) *C.E.*, 7 juillet 1905 Warnier.

droit à la réclamation du requérant : replacement dans les cadres de la fonction publique avec l'ancienneté, l'avancement, le grade ou la classe, auxquels le fonctionnaire pouvait prétendre (89), soit qu'il indique les diverses positions possibles qui toutes, sont susceptible de produire le même effet (90) et les formalités à observer pour l'obtention des emplois réservés prévus de façon précise par la loi (91).

Cela peut paraître aussi une injonction de renvoyer devant le Ministre « pour procéder au transfert à son nom du titre de rente 5 % n° 334.096 » (92) « pour la délivrance de l'autorisation à laquelle il a droit » (93), « pour être procédé à la liquidation de la pension à laquelle a droit le requérant » (94) ou que de déclarer que « doivent être approuvées de droit » les modifications aux statuts des sociétés de secours mutuels (95).

En réalité, il y a là tout autre chose qu'une injonction : le Conseil d'Etat ne fait que développer et préciser des obligations prévues par des textes qui ont déjà préalablement lié l'Administration. Celle-ci n'est pas libre de réintégrer un fonctionnaire à sa guise, d'accorder une dérogation au repos hebdomadaire ou un alignement en ne respectant pas les modalités et les conditions imposées par la loi, de refuser une approbation à des sociétés de secours mutuels, alors que la loi lui en fait une obligation et n'exige d'autres modifications aux statuts que celle qu'elle prévoit expressément.

Dire que l'on est en présence d' « une injonction issue de la loi » (96) ne signifie rien, car la notion d'injonction correspond à un pouvoir propre du juge ; or, il n'utilise pas ce pouvoir puisqu'il se contente de développer les conséquences prévues obligatoirement par les textes. On peut simplement dire qu'il y a des cas où la règle de droit autorise le juge à dicter plus qu'en d'autres occasions son devoir juridique à l'Administration.

C) De toutes façons, le renvoi pour ce que de droit, plus ou moins accentué, ne peut que signaler un devoir juridique, l'exécution concrète de la décision appartient en définitive à l'Administration. C'est pourquoi nous ne pouvons souscrire à l'opinion du doyen Bonnard (97) et de certains auteurs (98) qui voient, dans le renvoi pour ce que de droit, une injonction.

Peu importe, en effet, la manière dont le juge constate le droit, si c'est l'Administration seule qui accomplit l'acte : par sa décision de renvoi, il ne crée pas une obligation nouvelle à la charge de l'Administration, c'est toujours la même affaire qui suit son cours. De plus, un tel précédé n'est assorti d'aucune

---

(89) Cf. arrêts Viaud, Ferré de Perroux, précités. *C.E.*, 16 novembre 1912 Beaudelot.

(90) *C.E.*, 12 janvier 1938 Berthet, 8.

(91) *C.E.*, 13 juin 1939 Collin 670, *C.E.*, 27 janvier 1936 Vergez 116, *C.E.*, 9 novembre 1938 Saverdat 834.

(92) *C.E.*, 8 juillet 1898 Coudray.

(93) Arrêt Denis Rage Roblot *S.*, 1907-3-17, *C.E.*, 17 février 1939 Corniquet 95 (délivrance d'alignement).

(94) Formule utilisée dans le contentieux des pensions.

(95) *C.E.*, 9 juillet 1909, Soc. Sec. Mutuel La Blinoise, 13 nov. 1911 La Fraternelle Levalloise 1033.

(96) Laurent: De l'autorité des décisions des Tribunaux administratifs *Thèse Aix*, 1941, p. 136.

(97) Précis, p. 86.

(98) Parrical de Chammard, p. 108.

sanction péremptoire, ce qui prouve bien la liberté d'exécution des Pouvoirs publics.

Cela est bien montré par toute la jurisprudence dans laquelle le Conseil d'Etat fixe un délai d'exécution à l'Administration, faute de quoi elle sera passible du paiement d'une indemnité : ce n'est là ni une astreinte, ni l'obligation alternative « payer ou exécuter » (99), car l'indemnité n'est pas une peine, mais représente le préjudice subi. C'est là la meilleure démonstration que l'Administration est libre d'exécuter quand elle veut, malgré tous les renvois et tous les risques qui lui sont signalés. puisque le juge prévoyant qu'elle peut ne pas exécuter, fixe à l'avance le quantum de l'indemnité à allouer (100).

Le rôle du juge ne consiste donc qu'à dire le droit. A ce titre, il ne lui est conféré qu'une compétence et non des pouvoirs propres, ce qui lui interdit toute substitution, toute réformation et toute injonction, en ne l'autorisant qu'à renvoyer à statuer ou à renvoyer à faire « ce que de droit », c'est-à-dire ce qui est voulu par le droit et non ce qui est voulu par le juge.

Ceci explique qu'en bien des cas l'Administration, toujours libre sur le choix de l'heure et des moyens, ne tiendra pas compte de la chose jugée (101). Le justiciable peut-il alors compter sur un contrôle a posteriori du juge, menace planant sur une Administration qui se refuserait à exécuter la chose jugée contre elle ?

SECTION 3. — LA SANCTION PAR LE JUGE DE L'INEXECUTION PAR L'ADMINISTRATION DE LA CHOSE JUGEE

Come nous l'avons déjà exposé (102), l'Administration peut « inexécuter » la chose jugée contre elle, soit en l'exécutant tardivement, soit en ne prenant pas les mesures que comporte la décision, soit en persévérant dans son attitude première, et ce, d'autant plus facilement que le juge ne dispose d'aucun pouvoir propre pour la contraindre. De telle sorte que le justiciable sera obligé d'avoir à nouveau recours à la justice, pour demander l'annulation de la décision explicite ou implicite contraire à la chose jugée ou, en désespoir de cause, pour demander une indemnité à raison du préjudice qui lui aura été ainsi causé.

Sous-Section 1. — L'annulation des décisions contraires a la chose jugée

Sur un recours fondé sur l'inobservation à la chose jugée, il se peut que le Conseil d'Etat refuse de renouveler sa décision, en faisant valoir que l'Administration n'a pas à remettre en question ce qui avait été définitivement jugé : ainsi en a-t-il décidé pour le refus de l'Administration de tenir compte de pièces produites à l'appui d'une requête, alors qu'un précédent

---

(99) V. *infra*, p. 414 et s.

(100) Jurisprudence assez fournie, cf. par ex. *C.E.* 22 juillet 1931, Barbe rousse 803, *C.E.*, 21 juillet 1934 Dufourcq 856, *C.E.*, 23 juillet 1937 Soc. Le Centre Electricité 772, etc...

(101) V. une note pessimiste chez Fr. Gazier : « Le Contrôle de la légalité des réquisitions immobilières », *R.D.P.*, 1947, p. 24.

(102) V. *supra*, p. 386.

arrêt avait déjà admis leur régularité (103). Mais le plus souvent, le juge de l'excès de pouvoir prononcera une nouvelle annulation basée sur l'inexécution de la décision précédente, se reconnaissant le droit « de vérifier, de contrôler le caractère normatif des mesures ainsi prises » (104).

Les exemples sont assez nombreux d'annulation censurant l'atteinte à l'autorité de la chose jugée, qu'il s'agisse du refus de l'Administration d'accorder au particulier la prestation positive, conséquence de la première décision intervenue déjà sur un premier refus de cette prestation (105), ou d'une exécution incomplète de la première décision (106) ou d'une mesure positive contradictoire avec la première annulation dont elle entrave ainsi l'exécution (107) et ce, alors même que l'Administration invoquerait un motif de droit pour se refuser à exécuter, car elle n'a alors qu'à s'adresser au Tribunal compétent, et si elle ne l'a pas fait, n'a que le devoir de s'incliner (108).

Mais s'il s'agit d'un nouveau procès, le requérant devra saisir la juridiction compétente qui ne peut se saisir d'office. Il ne pourra invoquer l'inexécution de la chose jugée que si elle a été commise à son préjudice : en effet, si le jugement ne possède que l'autorité relative de la chose jugée, l'Administration peut toujours recommencer, à ses risques, l'acte condamné, et la nouvelle décision de justice ne sera pas prise par référence à l'ancienne, basée sur des motifs qui lui étaient propres — si d'autre part le jugement possède autorité absolue, le nouvel acte irrégulier sera annulé en fonction de son illégalité et non pour inobservation de la chose jugée, ce qui conférerait au juge un pouvoir règlementaire.

Il en est tout autrement lorsque — et c'est ce qui nous intéresse — c'est le requérant qui, bénéficiant déjà d'une première condamnation ou d'une première annulation, revient devant son juge pour le même objet : alors la violation de la chose jugée servira de fondement à la nouvelle annulation ou à la nouvelle condamnation.

C'est surtout comme ouverture du recours pour excès de pouvoir que la violation de la chose jugée s'est développée, s'insérant dans le cadre, soit de la violation de la loi, soit du détournement de pouvoir.

Spécialement, en tant que violation de la loi, l'inobservation de la chose jugée a permis de sanctionner le refus des pouvoirs

---

(103) *C.E.*, 8 août 1896 Chanoine de Saint-Jean-de-Maurienne, 31 janvier 1947, Billes 43.

(104) Concl. Cahen-Salvador C.E., 2 décembre 1925, R.D.P. 1926 p. 32, C.E., 28 mai 1935 Graulier 606. Arrêt d'où il ressort que le *C.E.* se reconnaît le droit de contrôler l'exécution de ses décisions: « Considérant qu'il incombait au Ministre de la Guerre, en exécution de la décision rendue par le Conseil d'Etat en date du 13 novembre 1931, de replacer les sieurs Graulier et Crozet dans une position régulière; qu'en raison du contrat d'engagement qui liaient ceux ci à l'atelier de Vincennes, leur réintégration ne pouvait se faire que dans ces mêmes ateliers ; qu'en les nommant, l'un à Toul, l'autre à Bourges, le Ministre de la Guerre a méconnu les obligations résultant pour lui de la décision précitée du Conseil d'Etat en date du 13 novembre 1931 ».

(105) *C.E.*, 15 février 1907 Nouzille, *C.E.*, 15 novembre 1907 Cahen (autorisation de dérogation au repos hebdomadaire).

(106) *C.E.*, 3 février 1937 Dlle Blanchier 147, *C.E.*, 26 janvier 1934 Glon *D.H.* 1934, 136 : en limitant la portée de la décision du *C.E.* aux seules parties au recours, l'Administration a commis un excès de pouvoir.

(107) *C.E.*, 26 juillet 1912, C° Orléans et Midi.

(108) *C.E.*, 4 mai 1932 Les fils d'Arthur Mathieu et C° 452.

hiérarchiques et de tutelle, d'exécuter les décisions de justice rendues contre l'Administration. C'est surtout par le contrôle des motifs que le Conseil d'Etat a réussi à imposer ses vues, en censurant les motifs de droit inexistants ou erronés et les inexactitudes matérielles (109).

Par le biais du détournement de pouvoirs, le Conseil d'Etat sanctionne la mauvaise foi dans l'exécution, en annulant par exemple un décret pris uniquement dans l'intention de régulariser une situation précédemment condamnée en justice (110), une décision se contentant de substituer, sur le papier seulement, un but légal au but illégal qui avait motivé une première annulation (111).

Mais le juge n'a pas plus de pouvoir lors de la seconde annulation que lors de la première, et l'arrêt Fabrègues (112) montre bien qu'une Administration récalcitrante peut fort bien passer outre à plusieurs annulations successives qui toutes, sur le plan de l'efficacité, peuvent rester aussi platoniques. En fin de compte, le justiciable n'aura que la possibilité d'exercer une action en dommages-intérêts contre l'Administration qui, par inertie, carence ou mauvaise foi, aura refusé d'exécuter la chose jugée contre elle (113).

Sous-Section 2. — La responsabilité de l'Administration au cas de refus d'exécution d'une décision de justice prononcée a son encontre

Il s'agit ici de cette « illégalité grave génératrice de la faute du service public, engendrant ainsi une nouvelle responsabilité du patrimoine administratif » dont parle M. Duez (114) et non de la faute personnelle du fonctionnaire (115), qui est susceptible de réaliser une contrainte indirecte à l'encontre de l'Administration par la menace qu'elle fait peser sur ses agents.

Depuis longtemps, le juge sanctionne l'inexécution de la chose jugée en accordant une indemnité, tantôt sous forme de rappel de solde au bénéfice du fonctionnaire non réintégré et non rétabli dans son traitement au jour de l'annulation de la décision

---

(109) *C.E.*, 8 août 1919 Toesa 740. *C.E.*, 12 juillet 1938 Brody 662 (annulation d'un refus d'inscription d'office à la suite d'une décision de justice motif pris de ce que le refus reposait sur une inexactitude).

(110) *C.E.*, 2 avril 1938, Botton *D.*, 39-3-40.

(111) *C.E.*, 4 août 1922, Cie du Bourbonnais 732 faisant suite à un arrêt du 4 février 1921, *R.*, p. 148.

(112) *S.* 1911-3-121.

(113) Toutefois, il faut signaler que bien des administrés se plaignent souvent à tort de l'inexécution de la chose jugée. Ainsi, il a été jugé par le Conseil d'Etat que si un Ministre a le devoir de prendre les mesures nécessaires pour faire exécuter par des agents placés sous sa direction les décisions du Conseil d'Etat, il n'a pas commis un excès de pouvoir en refusant de nommer un agent spécial chargé de veiller à l'exécution de ces décisions (*C.E.*, 8 août 1919 Lavallé 759) : c'est en effet en pleine indépendance que l'Administration a le choix discrétionnaire des procédés techniques aptes à assurer l'exécution des décisions contentieuses. De même, il n'y a pas violation de la chose jugée lorsque l'Administration refuse d'accomplir un acte juridique non nécessité par la décision du Conseil d'Etat: en l'espèce le refus de donner à une promotion de fonctionnaire un caractère rétroactif ne viole pas l'arrêt précédent du Conseil d'Etat qui avait annulé une mise en congé irrégulière, alors que par ailleurs, le requérant avait été rappelé à l'activité, nommé à un grade supérieur et reçu le rappel de solde qu'il aurait perçu s'il avait été mis en congé (*C.E.*, 27 avril 1945. Antoinat 81).

(114) La responsabilité de la Puissance publique

(115) V. *infra*, p. 445 et s.

qui le révoquait irrégulièrement (116), tantôt — et le plus souvent — sous forme de simples dommages et intérêts sanctionnant un refus de réintégration au mépris d'une annulation de révocation (117), un refus systématique de nomination à un emploi réservé don le droit avait été reconnu par une décision précédente (118), un refus d'un Maire d'obtempérer à un jugement ordonnant de fournir un logement aux instituteurs de la commune (119), et d'une façon générale, l'inertie et la mauvaise volonté de l'Administration à exécuter la chose jugée (120).

L'exécution peut aussi avoir eu lieu tardivement, et ce retard est susceptible d'entrainer la responsabilité de l'Administration ; le juge, le plus souvent, constate le temps que l'autorité a mis à s'exécuter (121), mais il suffit que le retard consiste en des « délais injustifiés » (22).

Il y a là une question de fait qui devra être examinée dans chaque affaire, mais il est intéressant de noter que jamais le Conseil d'Etat ne met comme condition à la mise en jeu de la responsabilité de l'Administration, une faute grave. Tous ses arrêts sont identiquement formulés, et se contentent de constater que l'inexécution de la chose jugée est une faute susceptible d'engager la responsabilité de l'Administration. Il n'y a pas à notre connaissance de décision qui ait refusé en ce cas des dommages et intérêts, une fois reconnue l'inexécution de la chose jugée (123).

Tous les arrêts font application de la théorie de la faute.

Pourrait-on introduire en la matière celle du risque, dans le cas où l'inexécution de la chose jugée résulterait du fonctionnement normal des services publics ? Nous ne connaissons pas de décisions en ce sens : la question pourrait peut-être se présenter au cas de refus d'instription d'office, en raison de l'état précaire des finances communales. Mais il ne semble pas qu'il soit besoin de recourir à la théorie du risque : le juge incompétent pour ordonner une inscription d'office, peut annuler un refus d'inscription d'office quand ce dernier viole la chose jugée, et à ce titre, peut accorder des dommages et intérêts, non point tant sur le refus d'inscription d'office, que sur la violation de la chose jugée.

Quoiqu'il en soit, force nous est bien de constater que la mise en jeu de la responsabilité de l'Administration est l'aveu

---

(116) *C.E.*, 2 décembre 1898 Toutain.

(117) *C.E.*, 24 juin 1925, Wassilieff 602.

(118) *C.E.*, 25 juillet 1931 dame Venturini 872.

(119) *C.E.*, 20 janvier 1911 Delpech 53.

(120) *C.E.*, 22 mai 1939 Puybonnieux 339. En méconnaissance d'un arrêt du Conseil d'Etat, une ville n'avait pas pris les mesures qui s'imposaient: il est accordé 1 franc de dommages et intérêts au requérant.

(121) *C.E.* 31 janvier 1936 Soc. Lustria 198 (retard de 2 ans).

(122) *C.E.*, 2 février 1938 Mary 114.

(123) *C.E.*, 19 janvier 1933 Vidaud 77: Le Conseil n'a pas admis la responsabilité de l'Etat, le réclamant n'ayant pas prouvé que la mesure prise ne satisfaisait pas à la chose jugée.

de l'impuissance du juge qui ne pouvant exercer une contrainte directe sur les Pouvoirs Publics, se contente de les frapper dans leurs biens (124). Et l'Administration risque fort d'être victorieuse sur les deux tableaux. Si elle ne veut accomplir un acte, elle doit payer, mais si elle ne veut pas payer, comment l'y contraindre ?

C'est là que le problème de la contrainte indirecte, des voies d'exécution sur les biens de l'Administration, que nous allons maintenant aborder.

---

(124) *C.E.*, 26 mai 1936 Gaugry 604. Le Conseil prévient l'Administration que si elle ne s'exécute pas, elle s'expose à être condamnée à une indemnité: « il appartiendrait d'ailleurs au requérant de réclamer à la commune une nouvelle indemnité si sa situation n'était pas régularisée dans les deux mois qui suivront la notification à la commune de la présente décision ».

TITRE DEUXIEME

Voies d'exécution sur les biens de l'Administration et contrainte indirecte

SOUS-TITRE 1er. — LA CONTRAINTE SUR LES BIENS DE L'ADMINISTRATION

Le Juge étant sans pouvoir propre à l'encontre de l'Administration et ne pouvant que sanctionner, soit par une annulation, soit par une condamnation pécuniaire, les manquements des Pouvoirs Publics à l'égard de ses décisions, il est permis de se demander si, en menaçant l'Administration dans ses biens, il ne pourrait l'amener à s'exécuter. C'est là un procédé différent de celui que nous venons d'étudier : l'Administration sait qu'à ne pas exécuter la chose jugée, elle risque d'engager sa responsabilité, mais elle ne sait à l'avance ce qu'elle risque pécuniairement, ce qui peut lui faire espérer de n'être condamnée qu'au franc symbolique de dommages-intérêts. Il en sera tout autrement si, dans sa sentance, le Juge l'avertit que faute d'exécuter, elle sera débitrice d'une certaine somme, calculée soit définitivement, soit en fonction du temps qu'elle mettra à s'exécuter.

Indéniablement, cela constitue un efficace foyen de pression. Mais, est-il juridiquement utilisable-? Le Juge peut-il prononcer une telle astreinte contre les Pouvoirs Publics ? Ou bien simplement n'a-t-il à sa disposition que des procédés dérivés de l'astreinte et ne présentant pas le même caractère de contrainte ?

CHAPITRE PREMIER

L'ASTREINTE EN DROIT ADMINISTRATIF

L'astreinte est une condamnation pécuniaire prononcée à raison de « tant » par jour, semaine, mois ou année de retard, pour vaincre la résistance d'un débiteur se refusant à accomplir la prestation qu'il doit fournir. C'est la pierre de touche de l'existence d'une obligation de faire qui, en principe, comme nous l'avons exposé (1), comporte une exécution en nature, sans qu'il soit possible d'exercer une violence sur la personne même du débiteur : mais une telle menace sur ses biens, automatiquement et mathématiquement progressive peut l'amener à résipiscence, sous peine de se voir ruiné.

Le procédé extrêmement efficace est d'application courante en droit privé, et s'il a été autrefois discuté, ne l'est plus aujourd'hui. Peut-il être, est-il employé en droit public : nous ne le saurons qu'après avoir étudié ses caractéristiques et sa nature en droit privé.

SECTION 1. — LA NATURE JURIDIQUE DE L'ASTREINTE D'AURES LE DROIT PRIVE

Le procédé de l'astreinte est, en droit privé, très ancien (2), mais il fallut assez longtemps pour que le terme fit son apparition (3) et que l'institution eut ses contours définitivement fixés. La décision du juge pour pousser le débiteur à exécution, peut en effet avoir, ou un caractère pénal par la fixation d'une indemnité supérieure au préjudice, ou un caractère comminatoire quand le juge prévoit la possibilité de ramener l'indemnité à un chiffre inférieur (4).

Mais l'astreinte devint ce qu'elle est aujourd'hui quand le juge n'indiqua plus dans sa première décision à quel taux il se réservait de la ramener, gardant ainsi la possibilité dans une instance ultérieure d'en réduire ou augmenter le montant à sa discrétion. Cela permet au juge du fond du droit d'assurer lui-même l'exécution de son jugement sans qu'il soit besoin de recourir au juge chargé de résoudre les difficultés d'exécution.

L'astreinte est née des problèmes soulevés par l'article 1142 du Code civil. Mais son champ d'application s'est étendu à toutes les obligations, d'ordre contractuel, légal, patrimonial ou fami-

---

(1) V. *supra*, p. 5.

(2) Dalloz. Jurisprudence générale : V° Chose jugée n° 384.

(3) C. Cass., 20 mars 1889. *S.*, 1890-1-565.

(4) C. Cass. 18 décembre 1824. *S.* 1825-1 166. C. Cass. 4 juin 1934, *S.* 1835-1-39.

lial, dès que le débiteur doit une prestation, un objet, un fait ou un acte à son créancier (4).

L'astreinte a donc pour but d'aboutir à une exécution en nature. Son caractère est d'être une condamnation arbitraire puisque son taux n'est pas calculé en fonction du préjudice, comminatoire (5), puisque son taux définitif n'est fixé que lorsque le débiteur a exécuté ou lorsque le juge a autorisé le créancier à exécuter aux frais du débiteur, provisoire puisque l'astreinte peut être réduite ou supprimée.

Ces caractères séparent l'astreinte des dommages et intérêts ; il faut qu'elle y soit explicitement ramenée par le juge pour pouvoir y être assimilée. Les dommages et intérêts ont un caractère répressif, l'astreinte a un caractère préventif. Et, parce qu'elle est provisoire, elle ne constitue pas une peine privée. C'est donc essentiellement une mesure indirecte de contrainte imposée par le juge judiciaire.

Mais celui-ci a-t-il le droit de prononcer une astreinte ? On a fait valoir que l'astreinte violait l'article 1147 (interdiction de prononcer des dommages et intérêts pour l'avenir) l'article 1244 (qui n'autorise la fixation d'un terme qu'au profit du débiteur) l'article 1149 (l'astreinte ne tient compte, en effet, que de la fortune du débiteur et non du préjudice réel) du Code civil, et l'article 1029 du Code de Procédure civile (interdiction des dommages et intérêts comminatoires). Mais tous ces textes sont relatifs aux dommages et intérêts ; or, l'astreinte n'est pas une indemnité, puisque celle-ci remplace l'exécution en nature, alors que l'astreinte l'assure, et n'est que provisoire.

On a aussi prétendu que l'astreinte était contraire à l'article 1142 du Code civil : mais celui-ci n'interdit que la contrainte directe sur la personne.

Par ailleurs, prononcer une astreinte n'est pas disposer par voie générale et règlementaire et, à ce titre, ne viole par l'article 5 du Code de Procédure civile. Ce n'est pas non plus une atteinte à la règle « pas de peine sans texte », puisque le débiteur n'est pas sûr de l'encourir s'il préfère exécuter en nature et qu'en définitive, l'astreinte sera ramenée par le juge au montant du préjudice subi.

Plus sûr par contre, paraît être l'argument qui voit dans l'astreinte une atteinte à l'autorité de la chose jugée (article 1051 C. civ.) ; en effet, celle-ci étant par essence définitive, il n'en est plus de même pour l'astreinte qui est sujette à revision et permet de revenir sur le jugement. Mais cela ne porte que si l'on admet que l'astreinte est un élément du jugement. Or, toute la question est là ; ne peut-on admettre que l'autorité judiciaire possède à la fois pouvoir de juridiction et pouvoir de commandement dont relèverait l'astreinte ?

Malheureusement, aucun texte ne prévoit de façon générale un tel pouvoir : l'article 1036 du Code de Procédure civile permet bien aux tribunaux de prononcer des injonctions, mais cette disposition ne vise que la police de l'audience ; de même l'article 512 du Code de Procédure civile prévoit bien la pratique de l'injonction, mais ne joue qu'en ce qui concerne la prise à partie.

---

(4) Paris 10 novembre 1927. Gazette des Tribunaux 19 janvier 1928 : l'astreinte ne peut être utilisée pour la comparution en justice parce qu'il existe une procédure spéciale de défaut.

(5) Le créancier ne peut poursuivre de plano le montant de l'astreinte.

Si donc aucun texte ne prohibe l'utilisation de l'astreinte, aucun texte n'en prévoit non plus l'emploi de façon générale (6), Il y a là œuvre prétorienne des tribunaux décidés à rendre efficaces leurs sentences (7) ; la simple constatation du droit n'empêche pas le débiteur de nuire à son créancier, s'il ne veut refuser l'exécution en nature. L'astreinte le conduit indirectement à cette exécution.

Mais si le but de l'astreinte est clair, son fondement l'est moins : car le créancier n'a pas droit au prononcé d'une astreinte, mais uniquement à l'exécution en nature ou en équivalent de sa créance. L'astreinte n'est donc pas le développement de son droit : elle est essentiellement un pouvoir d'injonction exercé sous forme de contrainte indirecte, que s'est attribué tout juge judiciaire (8).

SECTION 2. — L'EMPLOI DE L'ASTREINTE EN DROIT PUBLIC

SOUS-SECTION 1. — L'INTERDICTION DE PRINCIPE

Du moment que l'astreinte est une manifestation du pouvoir d'injonction du Juge, son emploi à l'encontre de l'Administration ne peut qu'être formellement proscrit.

Aussi, si l'on constate que parfois le Juge judiciaire se permet de prononcer une astreinte (9), le Conseil d'Etat a depuis toujours vu là un excès de pouvoir, qu'il sanctionne chaque fois qu'il en a l'occasion, en faisant appel au principe de la séparation

---

(6) Des dispositions spéciales par contre en prescrivant l'emploi ; l'art. 3, § 30 L. 9 av. 1898 prévoit une astreinte pour non paiement de l'indemnité due pour accident du travail ; il en est de même en matière de statut des voyageurs de commerce : art. 29 § 4 du Livre 1° Code du Travail. Cf. aussi, art. 107-191 Code Procédure civile. Loi 23 déc. 1912 art. 6 § 3 (habitations à bon marché), art. 27 § 6 Ordonnance 11 oct. 1945 : les personnes qui se maintiennent dans les lieux à l'expiration du terme de la réquisition ou de la levée de celle-ci sont passibles d'une amende égale au décuple des loyers quotidiens par jour de retard sans pouvoir excéder le centuple. Cette disposition a certainement pour but d'empêcher les Préfets de faire obstacle à un jugement d'expulsion en refusant le concours de la force publique, de façon à faire revivre indirectement la réquisition exposée ou levée par lui (cf. Fréjaville « Les palliatifs juridiques de la crise du logement » D. 1946, Chr. 85). C'est là une nouvelle consécration légale du système des astreintes. Mais il est à remarquer que « l'impérium » du juge est, dans cette hypothèse, limité.

A signaler cependant que le projet Franco-Italien de Code des Obligations ne prévoyait pas l'astreinte.

(7) On peut juger de l'efficacité de l'astreinte si l'on considère la jurisprudence actuelle sur l'expulsion des locataires : les juges sachant que l'expulsion manu militari est quasiment impossible (v. *supra*, p. 207) condamnent à de fortes astreintes les locataires expulsés ; cf. Trib. cv. Seine 2 avril 1947. *D.*, 1947 J. 411 ; astreinte de 10.000 fr. par jour de retard et de 20.000 fr. après le 33me jour.

(8) Voir sur ce caractère prétorien de l'astreinte, E. Sïlz, n. sous Cv. 5 juillet 1933, *D.* 1934-1-140 in fine : il suffit que la condamnation ait le caractère comminatoire et puisse être révisée ; il est inutile que soit stipulé le paiement d'une somme par jours de retard. En ce qui concerne le droit du juge des référés de prononcer des astreintes : Trib. cv. des Sables d'Olonne, 24 novembre 1947. Trib. cv. de la Seine, 5 déc. 1947. *D.*, 1948, J. 34 n. Fréjaville. V. cependant Colmar 23 juillet 1947. *D.*, 1948. Somm. 3 qui dénia ce droit au juge des référés.

(9) Tribunal civil de Marennes 28 janvier 1936. Gaz. Pal. 3 mars 1936 : astreinte de 200 fr. par jour de retard contre l'Administration des P.T.T. pour l'obliger à quitter des locaux indûment occupés.

des autorités, à l'interdiction faite au juge judiciaire de connaître des affaires administratives (10).

Le Conseil d'Etat ne faisait d'ailleurs qu'appliquer au juge judiciaire le traitement qu'il infligeait depuis longtemps aussi au juge administratif. Un très grand nombre de ses arrêts sanctionne les errements en la matière des Conseils de Préfecture qui souvent n'hésitaient pas à ordonner l'exécution, la cessation ou la suppression des travaux et d'ouvrages publics sous peine d'astreinte (11). Ses considérants sont, du reste, sans équivoque : « Sur les conclusions tendant à ce que les travaux soient prescrits à la commune et ue astreinte fixée pour chaque jour de retard dans leur exécution : Considérant qu'il n'appartient pas au Conseil d'Etat de prescrire les travaux que la commune pourra entreprendre pour faire cesser à l'avenir les dommages dont s'est plaint le sieur Cary-Truffy et pour en prévenir le retour, ni par suite de condamner la commune à une astreinte à raison du retard qu'elle mettrait à l'exécuter » (12).

Cette jurisprudence très ancienne en matière de travaux publics joue de façon absolument générale, l'astreinte ne pouvant être employée, ni pour obtenir la réformation ou le retrait d'un acte administratif quelqu'il soit (13), ni pour rendre plus efficace une condamnation à des dommages et intérêts (14), ni pour imposer à l'Administration de consentir une police d'abonnement (15), etc..., etc... Et cela même s'il s'agit d'une Administration concédante dont cependant, par ailleurs, l'activité est pour beaucoup régie par le droit privé (16).

Le Conseil d'Etat est extrêmement habile pour dépister l'astreinte, et à l'occasion du contentieux des travaux publics, il ne se fait pas de faute de rappeler aux Conseils de Préfecture qu'en condamnant au paiement d'une certaine somme au cas où, dans un délai déterminé les travaux n'auraient pas été effectués, ils outrepassent leur compétence, soit parce qu'ils statuent sur des dommages futurs (17), soit parce que l'indemnité présentée comme devant compenser le dommage n'a, en raison de sa modicité,

---

(10) *C.E.*, 4 décembre 1867 de Panat 902; C.E., 23 novembre 1878 de Parcevaux 937. Toutefois il est permis de se demander si le juge judiciaire ne pourrait prononcer une astreinte contre l'Administration au cas où celle-ci aurait commis une voie de fait. Il n'existe à notre connaissance aucune jurisprudence sur cette question. On peut semble-t-il répondre par l'affirmative. Car dans l'hypothèse de la voie de fait l'acte n'est plus juridiquement administratif. L'Administration n'est protégée contre le pouvoir d'injonction du juge que dans la mesure où elle agit selon le droit. La voie de fait étant plus qu'une illégalité, un acte juridiquement inexistant, rien ne paraît s'opposer alors au prononcé d'une astreinte. Car l'interdiction du pouvoir d'injonction a pour but de protéger les activités de l'Administration et non celle-ci en tant que telle.

(11) *C.E.*, 30 juin 1859 Chemins de fer de Lyon 459.

(12) *C.E.*, 30 juillet 1913 Commune de la Courtine 936. V. en ce qui concerne le prononcé d'astreinte par le juge administratif contre de simples particuliers : *C.E.*, 27 janvier 1933 Le Loir. *S.*, 1933-3-132 Concl. Detton. C.E., 25 novembre 1936 Wagon 1036.

(13) Arrêt de Parcevaux précité.

(14) *C.E.*, 14 mars 1934, Soc. Biscuiterie Cauvy, 339 (6° espèce).

(15) *C.E.*, 6 mai 1931 Tondut, *S.*, 1931-3-81 n. P.L.

(16) *C.E.*, 6 mai 1848 Soc. ano. du Canal de Jonction de la Sambre à l'Oise 274. *C.E.*, 10 juin 1921 Commune de Fumel 561. *C.E.*, 23 janvier 1924 Fouché 89. *C.E.*, 26 juin 1929 C° Générale des Eaux 622.

(17) *C.E.*, 16 février 1870 C° des Chemins de fer de l'Ouest 104.

aucune relation avec le dommage (18). Au contraire, la décision du juge est valideé si sa condamnation porte sur de véritables dommages et intérêts (19). Souvent, après s'être prononcé sur l'étendue du préjudice définitif subi par suite de l'inertie administrative, le Conseil d'Etat prend soin de réserver les droits des parties au cas où cette inertie se prolongerait après la date annoncée d'exécution des travaux : mais là encore, il ne s'agit que d'indemnité définitive et non d'astreinte (20).

On a cependant voulu apercevoir une faille dans ce système cohérent. Par l'arrêt Société Générale des Eaux (21), le Conseil d'Etat enjoignit, en effet, à une commune de faire la remise de certaines sources à la Société concessionnaire de distribution d'eau, mais cela sous peine d'astreinte.

On a fait remarquer qu'il ne s'agissait que de pourvoir à l'exécution d'un contrat. Ceci n'est pas un argument : en vertu de quoi un contrat ne répugnerait-il pas à l'admission de l'astreinte, qui d'ailleurs n'est pas fondée sur les droits des parties, mais sur le pouvoir d'injonction du juge ? Or, l'exercice de ce pouvoir est interdit en matière administrative.

L'arrêt est resté isolé : il semble que seule la formule ait été mal conçue, et l'on est en droit de se demander si, dans le cas où la ville aurait exécuté la décision avant la date fixée, elle aurait eu quelques chances de voir le montant de la condamnation pécuniaire diminuée.

Il est donc permis de conclure avec Kellershohn (22) : « S'il peut être admis en droit privé que le juge tire de sa propre autorité, en l'absence de tout texte législatif, le pouvoir d'infliger des condamnations teintées de répression, *il faut maintenir que l'activité juridique de l'Administration ne peut être limitée que par la loi.* Sinon, la juridiction adminstratve se conduirait comme une véritable autorité administrative, hérarchiquement supérieure aux administrations, comme la première autorité constitutionnelle, système politique qui n'est pas inconcevable, mais qui ne nous paraît pas conforme à l'esprit de notre droit public français ».

Sous-Section 2. — Les moyens proches de l'astreinte

1° *La condamnation alternative.*

L'astreinte étant prohibée, parce que là comme ailleurs, le pouvoir d'injonction du juge porte atteinte à la liberté d'exécution de l'Administration, n'y a-t-il pas un moyen qui permette, tout en respectant cette liberté, d'arriver à provoquer cette exécution tant désirée par le requérant ?

Le procédé a été trouvé par le Conseil d'Etat dans la formule condamnant l'Administration à payer une indemnité à titre définitif « si mieux n'aime » exécuter son obligation. Ainsi, est sau-

---

(18) *C.E.*, 24 novembre 1893 Ville de Tlemcen 780. *C.E.*, 15 juin 1917, Commune de Ferrals les Montagne 476.

(19) *C.E.*, 11 février 1898 Commune d'Ajaccio, 88. *C.E.* 21 mai 1920 Labsolu, 531 : ne constitue pas une astreinte l'indemnité accordée au propriétaire d'une jument blessée, à raison de tant par jour, ce fractionnement ne représentant en effet que le remplacement de la jument durant son indisponibilité. Cf. aussi *C.E.*, 1er août 1917 Ministre des Travaux Publics 615.

(20) *C.E.*, 26 mars 1892 Harriot 319.

(21) *C.E.*, 4 août 1908.

(22) *Op. cit.*, p. 130.

vegardée sa liberté de choix, le pouvoir d'injonction du juge faisant place à une simple suggestion. On a voulu attribuer à cette jurisprudence une origine récente : l'arrêt du Conseil d'Etat du 29 mars 1895 : Société Gaz de Nevers (23), dans lequel l'Administration avait le choix entre le retrait d'une permission de voirie accordée en contravention du droit exclusif du concessionnaire et le paiement d'une indemnité au cas où elle ne ferait pas ainsi cesser ce dommage.

Mais la jurisprudence est en réalité plus ancienne ; déjà, en 1859, l'arrêt Pensa (24) décidait en effet : « Considérant toutefois que l'état de l'instruction ne permet pas, dès à présent, d'apprécier l'étendue de ce préjudice ; que dans ces circonstances, il convient de renvoyer le sieur Pensa devant notre Ministre de la Guerre pour être procédé à la liquidation de l'indemnité à laquelle il a droit, si mieux n'aime notre Ministre faire exécuter au Polygone de Rennes les changements et les travaux nécessaires pour préserver complètement des effets du tir la propriété du requérant ». Mais, c'est seulement à partir de la fin du XIX^me^ siècle - début XX^me^ siècle, que la jurisprudence du « si mieux n'aime » s'est grandement développée (25).

En raison de cette option, le Conseil d'Etat n'hésite pas à enfermer l'obligation d'exécution dans un certain délai (26).

Mais il est obligé d'assurer la stricte interprétation de cette faculté d'option où l'indemnité représente le préjudice subi sous peine d'aboutir à une astreinte, ce qui l'amène à sanctionner les entorses à la règle que révèle trop souvent la jurisprudence des Conseils de Préfecture : « Qu'en effet, il n'a été allégué dans aucune des pièces de l'instruction que cette somme de cinq francs ait une corrélation quelconque avec l'étendue des dommages éprouvés ; qu'elle a été fixée par le Conseil de Préfecture à titre de clause pénale pour le cas seulement où la Compagnie se refuserait à exécuter les travaux et celui où elle ne ferait cesser qu'en partie la cause du dommage » (27). Si, par contre, l'indemnité compense entièrement le préjudice subi, la décision n'est pas entachée de nullité puisqu'elle applique ainsi la règle de la condamnation alternative (28)), les principes généraux devant être par ailleurs respectés, en ce sens que le juge ne peut accorder une indemnité pour un préjudice futur (29). Le Conseil d'Etat se reconnaît seulement le pouvoir de réserver, dans ce cas, le

---

(23) Recueil, p. 294.

(24) *C.E.*, 21 juin 1859, p. 440, cf. *C.E.*, 30 juin 1859 Chemins de fer de Lyon 456. On pourrait encore peut-être trouver une origine plus ancienne à cette jurisprudence ; dans un arrêt héritier Rey-Giraud (*C.E.*, 6 mai 1836-R.p. 226), le *C.E.* avait en effet condamné une Commune à exécuter dans un délai déterminé certains travaux qu'elle s'était engagée à faire, « si mieux n'aime » à l'expiration du délai remettre le capital avancé par les habitants re la Commune.

(25) *C.E.*, 1^er^ mai 1891 commune de Roquefeuil 837. *C.E.*, 2 avril 1898 Badaire 315 ; *C.E.*, 10 mars 1905 Berry 254.

(26) Arrêt Chemins de fer Lyon précité. *C.E.*, 1^er^ février 1911 Janvier Marquet 123. malgré *C.E.* 15 novembre 1922 Cie Chemins de fer P.O., *S.*, 1924-3-33 n. Hauriou, *C.E.*, a par la suite repris cette jurisprudence : *C.E.*, 7 février 1930 Boutoux *D.H.*, 1930-184, *C.E.*, 18 janvier 1933 Maggi 74 ; *C.E.*, 9 février 1940 Monier *D.H.* 1940-118.

(27) *C.E.*, 21 novembre 1879 de Sceaulx 742.

(28) *C.E.*, 22 novembre 1889 Freyssinet 1068.

(29) *C.E.*, 16 juillet 1880 Ministre des Travaux Publics 671. *C.E.*, 20 novembre 1896 dame Sorsas 747.

droit des requérants au cas d'inexécution (30). La condamnation alternative est donc valable si elle laisse le choix entre une exécution que le juge ne peut imposer et le paiement d'une indemnité compensatrice d'un préjudice actuel et certain : de telle sorte que le requérant ne pourra pas réclamer cette indemnité si les travaux sont exécutés, mais seulement une indemnité pour retard dans l'exécution, soit que le juge ait fixé un délai d'exécution, soit qu'en tant que tel, « un retard injustifié » lui ait causé un nouveau préjudice (31).

Quant à l'Administration, elle n'a aucun droit de se plaindre de cette faculté d'option qui, en tant que telle, ne constitue pas une injonction (32) et peut jouer à l'égard de toutes ses obligations d'exécution, travaux publics, accomplissement d'actes juridiques, et même paiement d'une somme d'argent (33).

Souvent, l'Administration exécutera, mais il est des cas où elle trouve son intérêt à payer une indemnité moins lourde à supporter, peut-être, que les travaux à effectuer.

Si bien qu'en définitive, toute inexécution peut se résoudre en indemnité : par quel moyen forcer alors l'Administration à payer le plus rapidement possible?

2° *Dommages et intérêts moratoires. — Anatocisme.*

L'Administration débitrice d'une indemnité tarde souvent à effectuer le paiement. Mais, si cette indemnité porte intérêts à partir du jour de la décision, il y a là une menace qui pèse sur l'inertie des pouvoirs publics.

Peut-on appliquer à l'Administration les articles 1153 et 1154 du Code civil qui prévoient les dommages et intérêts moratoires destinés à compenser les retards de paiement ? La jurisprudence administrative admet que les intérêts courent du jour de la décision, au plus tard jusqu'à celui du paiement (34). Elle n'a pas hésité à utiliser les dommages et intérêts moratoires, la responsabilité pécuniaire de l'Administration augmentant à mesure que dure la période dommageable ; solution légale, parce que les dommages et intérêts sont représentatifs d'un dommage qui se perpétue, et qu'en fin de compte, l'Administration est toujours libre de sa décision.

Ce procédé permet au juge, en matière de travaux publics d'envisager l'indemnité à allouer, non seulement en fonction du préjudice actuel, mais aussi des travaux qui pourraient faire cesser ces dommages permanents, quoique non encore définitifs (36) et, à ce titre, d'imposer des dommages et intérêts mora-

(30) C.E., 7 février 1890 Ville de Roanne 142.

(31) *C.E.*, 19 décembre 1884 C° Chemins de fer Midi 926.

32) *C.E.*, 24 juin 1892 Commune de Daignac 577.

(33) *C.E.*, 6 avril 1895 Deshayes : l'Administration est condamnée à une première indemnité représentative du préjudice subi par son concessionnaire depuis le jour où a été prononcé à tort sa déchéance jusqu'à celui où éventuellement son traité reprendrait, et ensuite à une deuxième indemnité au cas de rupture définitive du dit traité.

(34) *C.E.*, 13 mars 1867 Chaigneau 266. *C.E.*, 14 mars 1934 Soc. Biscuiterie Cauvy 338, même si la demande a été portée devant une juridiction incompétente ils courent à partir de la date de la demande : *C.E.*, 15 mai 1935 Maleterre, 18 décembre 1931 Chan Pek Chun, *S.*, 1932-3-102. Ils sont calculés suivant le taux civil, non suivant le taux commercial : *C.E.*, 17 juin 1931 Ville de Morez.

(35) *C.E.*, 23 novembre 1906 Bichambis. *S.*, 1907-3-65 n. Hauriou.

toires, malgré l'offre de réparation en nature faite par l'Administration (36). Mais, ériger ceci en système, équivaudrait à reconnaître à l'Administration le droit de désobéir à la chose jugée, quitte à indemniser ensuite le requérant, non pour inexécution de la chose jugée, mais pour le préjudice subi.

Car les dommages et intérêts moratoires ne participent pas du pouvoir de juger, mais reposent sr le droit à indemnisation du requérant. Il en est de même pour l'anatocisme ou capitalisation des intérêts qui peut être réclamé, à condition que les intérêts dûs soient ceux d'une année au moins et que la demande soit faite après cette période (37).

Il y a là, certes, une contrainte indirecte puisque l'Administration sait que, si dans l'alternative que lui a laissée le Juge, elle choisit de payer, l'indemnité porte intérêts, qui peuvent se capitaliser (38).

3° *Mode de fixation par le juge de la date du droit à réparation de la victime*

Les retards apportés par l'Administration à effectuer le versement d'une indemnité, posent de délicats problèmes dans les périodes de crise économique, par suite de la perte progressive du pouvoir d'achat de la monnaie. En effet, si dans le cas de dommages causés par des travaux publics ou de responsabilité de la puissance publique, le droit à réparation naît le jour du dommage aux biens ou à la personne, l'indemnité qui aura alors été fixée risque, par suite de la hausse des prix, de ne plus pouvoir réparer le préjudice réel. Le prix des travaux que se propose d'exécuter la victime risque ultérieurement à la décision juridictionnelle d'avoir sensiblement augmenté et dépassé l'indemnité allouée. L'état de la victime a pu, par la suite, s'aggraver, ses ressources auraient pu être différentes (augmentation de traitement ou de salaire), si l'accident n'avait pas eu lieu, de celles évaluées au jour du dommage.

Aussi, depuis quelques années, une jurisprudence s'est-elle amorcée pour remédier à cet état de choses, pour obtenir que la victime voit compensé tout son préjudice subi, compte tenu de la hausse des prix, connue au jour de la décision ; mais cela, dans la mesure où elle n'est pas responsable du retard apporté dans la réparation du dommage (39). Cette jurisprudence est aujourd'hui fixée définitivement par trois arrêts du Conseil d'Etat,

---

(36) *C.E.*, 21 décembre 1931 Dlle Mistre, 1150, *C.E.*, 25 juillet 1933 Roux 885, *C.E.*, 22 mars 1939 Commune de Sérignan 205.

(37) *C.E.*, 15 avril 1857 Ville d'Avignon. *C.E.*, 27 novembre 1931 Ville d'Enghien-les-Bains, *S.* 1932-3-48.

(38) Notons que s'il y a encore un préjudice indépendant du retard dans le paiement, l'allocation des dommages et intérêts moratoires ne fait pas obstacle à l'allocation d'une indemnité nouvelle : *C.E.*, 11 mars 1904 Senergous. *R.D.P.* 1904-303, 8 novembre 1940 Administration des Chemins de fer d'Alsace-Lorraine. Mais si le requérant ne justifie pas d'un préjudice indépendant du retard dans le paiement, il n'a droit alors qu'à l'obtention de dommages et intérêts moratoires selon l'article 1153 du Code Civil : *C.E.* 16 novembre 1883 Rouard 825.

Signalons enfin que le juge dans sa sentence n'est pas tenu de spécifier distinctement le montant du préjudice subi et celui des dommages et intérêts moratoires. Req. 7 janvier 1946 Etat Français. *J.C.P.* 1946-4-33.

(39) *C.E.*, 6 juillet 1932 Lethaison, 681. *C.E.*, 23 décembre 1942 C° Française des Automobiles de place 361, *C.E.*, 2 juin 1944 C° Générale des Eaux D.C. 1944-120 n. P.L.J., *C.E.*, 27 novembre 1946, *D.*, 47, Somm. 10.

en date du 21 mars 1947, dont la solution vaut tant pour les indemnités dues à la suite de dommages de travaux publics (Compagnie Générale des Eaux) que pour celles découlant de la responsabilité de la puissance publique (Dame veuve Lefebvre. — Dame veuve Aubry (40).

Le Conseil d'Etat essayait d'allouer une indemnité permettant à la victime de réparer les dommages subis par ses biens, la chiffrant, à la date de la consolidation du dommage, de la connaissance de son étendue et au jour où l'on pouvait entreprendre les réparations : entorse sérieuse, déjà, à la règle de l'évaluation au jour du dommage. Mais il pouvait arriver qu'il ne fut pas possible de commencer les réparations, une expertise se révélant nécessaire, les matériaux devenant introuvables ou trop chers. Le Conseil d'Etat se devait alors de tenir compte du coût de la réparation à la date où elle devenait possible.

Le dernier arrêt : Compagnie Générale des Eaux, confirme et développe cette jurisprudence, en admettant que l'indemnité puisse être fixée au jour où la victime a la possibilité financière d'effectuer la réparation. Cette solution vaut, pour toute réparation du préjudice, qu'il soit le fait d'un travail public ou d'un service public.

Les arrêts Lefebvre et Aubry maintiennent le principe que le droit à indemnité date du jour de l'accident à la personne (jurisprudence contraire à celle de la Cour de cassation), mais le juge tient compte de tous les éléments connus le jour de sa décision. Ainsi, l'arrêt Lefebvre tient compte au sujet de l'indemnité accordée à une veuve, non du traitement du mari au jour de l'accident, mais de celui auquel il aurait eu droit au jour du règlement. Ainsi, l'arrêt Aubry tient compte au sujet d'une indemnité due pour incapacité permanente partielle, de la modification survenue dans le taux des salaires, depuis la date de l'accident.

Il y a cependant une différence entre l'indemnité due pour dommage aux biens et celle due pour dommage à la personne : la hausse des prix ou la perte du pouvoir d'achat de la monnaie continuant, après fixation de l'indemnité, le juge, au lieu d'accorder celle-ci sous forme de rente, l'accorde en capital (2me et 3me espèces).

Mais le principe reste le même : réparer tout le préjudice subi, empêcher que l'Administration verse tardivement une indemnité dérisoire, cela sous réserve que la victime ne soit pas responsable du retard apporté au règlement de compte.

Ce procédé, qui remédie à l'impossibilité d'injonction et d'astreinte, méritait à ce titre d'être signalé (41).

---

(40) D. 47, J. 225 n. P.L.J., *S.* 1947-3-85 n. D.P.

(41) Il ne faut cependant pas oublier qu'il est loisible au juge d'accorder à l'Administration un sursis — généralement partiel, — de paiement, dans le cas où l'exécution immédiate de la décision de justice entraînerait pour elle la perte définitive d'une somme qui pourrait ne pas rester à sa charge. Cf. conclusion Detton *S.* 1937-3-70. *C.E.* 1er avril 1938. *S.* 39-3-65 concl. Dayras. *C.E.*, 18 mai 1945 Cie Générale Française des Tramways, *S.* 1946-3-20. *C.E.*, 26 juillet 1946 *S.*, 1946 Chr. 81.

CHAPITRE II

LES VOIES D'EXECUTION EN DROIT ADMINISTRATIF

Le juge ne peut donc contraindre directement l'Administration par un quelconque procédé d'injonction, ni la contraindre indirectement par les astreintes, non plus que se substituer à elle. Il a seulement le droit de prononcer des sanctions répressives, comme l'annulation ou la condamnation pécuniaire pour atteinte à l'autorité de la chose jugée. Il lui est cependant possible d'offrir aux Pouvoirs Publics un option : exécuter ou payer. Mais l'Administration est libre d'agir à son heure et suivant les procédés qu'elle choisira. En définitive son inertie, ou son mauvais vouloir, ne sont menacés que d'une éventuelle condamnation pécuniaire.

Par ailleurs, l'Administration peut être débitrice de sommes d'argent, non seulement à titre de dommages et intérêts pour inexécution de la chose jugée ou d'une obligation de faire, mais à titre principal : versement de traitements et pensions paiement de fournisseurs, d'entrepreneurs de travaux publics, etc...

De façon générale, elle paie ses dettes. Sinon, le crédit de l'Etat serait ruiné. Mais il arrive parfois qu'elle se refuse à effectuer un paiement ou ne l'effectue que très tardivement. Les particuliers auraient donc intérêt à utiliser des voies d'exécution qui assureraient l'efficacité de leur créance. Le droit privé connaît les voies d'exécution directes qui affectent les formes diverses de toutes les saisies et les voies d'exécution indirectes qui, comme l'hypothèque judiciaire, confèrent au créancier une sûreté qui, un jour, peut se transformer en exécution directe, ou qui, comme la compensation sans atteindre directement les biens du débiteur permettent au créancier d'opérer lui-même une contrainte (1).

Notre propos sera donc de rechercher si, d'une part, les voies d'exécution directes sont autorisées contre l'Administration et corrélativement, ou à défaut, les voies d'exécution indirectes. Mais avant de se livrer à cette étude, il est nécessaire de décrire le mécanisme par lequel l'Administration paie ses dettes, car nous verrons qu'il est impossible au juge de lui ordonner de payer, ce qui, en fin de compte, peut nécessiter et justifier l'existence des voies d'exécution.

---

(1) Rappelons qu'en droit privé les voies d'exécution sont inutilisables pour contraindre un débiteur d'une obligation de faire à s'éxecuter ; tout refus d'exécution ne peut donner droit qu'à des dommages et intérêts. Les voies d'exécution ne sont possibles que si le débiteur refuse d'effectuer le paiement de cette indemnité. Cf. Garsonnet et Cezar-Bru. Traité de procédure civile. T. 4, p. 16 et s.

SECTION 1. — LE PAIEMENT DES DETTES DE L'ETAT

Nous ne traitons ici que du paiement des dettes de l'Etat, le mécanisme du paiement des dettes des collectivités décentralisées relevant du procédé de la tutelle que nous avons précédemment étudié (2).

§ 1er. — *Les opérations de paiement.*

Elles passent par trois stades : liquidation, ordonnancement et paiement proprement dit.

a) La liquidation consiste en la vérification du titre des créanciers de l'Etat : l'on voit s'il n'y a déjà un paiement antérieur, s'il n'y a lieu d'invoquer au bénéfice de l'Etat l'application de la déchéance quinquennale, si des acomptes n'ont pas été antéreurement versés ou s'il n'est rien inscrit au débit du créancier permettant à l'Etat d'invoquer le bénéfice de compensation. Une série de textes organise la liquidation : loi de finances du 23 septembre 1814, ordonnance du 31 mai 1838, art. 39, décret sur la comptabilité publique du 31 mai 1862, art. 62. La liquidation est opérée par les Ministres (ou leurs délégués), chacun pour les dépenses comprises dans le budget de leur département.

b) L'ordonnancement est la mesure par laquelle on assigne au créancier une caisse sur laquelle il sera payé. Cette décision spéciale est dite ordonnance si elle est le fait d'un Ministre, mandat si elle est le fait d'un ordonnateur secondaire. L'article 82 du décret du 31 mai 1862 rend obligatoire cette procédure qui n'est valable qu'à la condition de porter sur un crédit régulièrement ouvert, en vue des dépenses prévues, au chapitre du budget du Ministre compétent.

c) Le paiement est l'opération matérielle de remise des deniers par les payeurs ou comptables, sur le vu de l'ordonnancement. La loi et les règlements sur la comptabilité publique, autorisant le payeur à suspendre ou à refuser le paiement dans certaines hypothèses. Le Ministre ordonnateur peut requérir le comptable de payer, mais celui-ci n'est pas tenu d'obtempérer. Le litige n'est alors résolu que par arbitrage du Ministre des Finances, qui adresse au payeur les instructions définitives.

§ 2. — *Les recours juridictionnels contre les opérations de paiement.*

a) Il peut arriver qu'un Ministre refuse de liquider ou d'inscrire un article spécial au budget, citant la décision de condamnation. Le Conseil d'Etat contrôle ce refus, même si la créance a déjà donné lieu à une décision passée en force de chose jugée : en effet, il ne s'agit pas d'ordonner à l'Administration de prendre une mesure positive, mais d'une contestation sur le fond du droit.

b) Il en est tout autrement en matière d'ordonnancement, car il s'agit ici d'une mesure d'exécution et l'Administration reste seule juge de l'opportunité d'ordonnancer (crédits insuffisants par exemple). La responsabilité du Ministre n'est que politique :

---

(2) *V. supra*, p. 191. Rappelons que le juge ne peut prescrire à lautorité de tutelle de procéder à l'inscription d'office ou d'ordonner une quelconque opération de paiement.

en régime parlementaire, il demandera un crédit aux Chambres qui, par ailleurs, contrôlent l'existence et l'emploi des crédits budgétaires.

Le juge se refusera donc toujours à enjoindre d'ordonnancer (3), mais il se reconnaît le droit d'examiner si un tel refus n'est pas en réalité un refus de liquider (4) et de décider sur les conditions et réserves introduites par le Ministre qui, souvent, interprète faussement une décision du Conseil d'Etat et ainsi porte atteinte à l'autorité de la chose jugée (5).

Mais s'il arrive au Conseil d'Etat d'annuler un ordonnancement, il ne peut en prescrire un autre. On a mis en doute cette règle en invoquant l'arrêt Pensa, du 27 mai 1863 ; or, dans cet arrêt, le Conseil avait simplement interdit au Ministre d'accorder un nouvel ordonnancement contenant les mêmes conditions et réserves que celui qui venait d'être annulé.

c) Mais le particulier, titulaire d'u mandat, peut se heurter au refus du payeur, refus contre lequel, s'il est motivé par un manque de crédits autorisé par des textes, ou justifié par la présentation après clôture de l'exercice du budget contenant l'ouverture du crédit affecté à la dépense, il n'est pas de recours contentieux (6). Le fait se présentera bien plus rarement que le refus d'ordonnancement, d'autant plus que, très souvent, le comptable motivera son refus par un argument de droit (non conformité des énonciations des pièces justificatives avec celles du mandat, défaut de qualité de la partie présentant le mandat ; doute sur son identité, défaut d'assistance ou de signature du mari ou des tuteurs, ce qui liera le contentieux (7).

En définitive, ni les refus de payer (assez rares) dans la généralité des cas, ni les refus d'ordonnancer (plus fréquents) dans la totalité des cas, ne sont susceptibles de recours contentieux. Le justiciable se trouve donc démuni de toute voie de recours. Peut-il alors utiliser contre l'Administration récalcitrante les voies d'exécution du droit privé qui lui permettraient de se payer sur les biens des pouvoirs publics ?

SECTION 2. — LES VOIES D'EXECUTION DIRECTE CONTRE L'ADMINISTRATION

§ 1er. — *Textes et jurisprudence.*

1° Les Textes :

« Lorsque le débiteur n'exécute pas volontairement l'obligation, lorsque d'autre part, le créancier ne peut obtenir de lui l'exécution forcée en nature, alors le droit de gage général entre en

---

(3) *C.E.*, 17 février 1888 Prévost, 148, concl. Le Vavasseur de Précourt. *C.E.*, 5 avril 1940 Curtet 127.

(4) *C.E.*, 8 août 1892 abbé Truchet, 707. Souvent à propos d'un refus d'ordonnancement le Ministre se justifie en invoquant la déchéance quinquennale ou la compensation, ce qui a trait en réalité à la liquidation.

(5) *C.E.*, 27 mai 1863 Pensa, 456. *C.E.*, 5 janvier 1883 Bloch 17.

(6) Il n'y a pas pour l'Etat obligation de payer s'il résulte des faits de la cause que le titre en vertu duquel est exigé le paiement, est obscur ou incertain : *C.E.*, 22 janvier 1943 Leneveu. *S.*, 1944-3. 41 n. Mathiot. Enfin il faut rappeler que le Conseil d'Etat ne peut enjoindre à l'Administration d'effectuer un paiement auquel elle a été condamnée par décision juridictionnelle : *C.E.*, 10 mars 1893 Papet 241.

(7) *T.C.*, 31 octobre 1885 Maurel 806.

jeu avec les attributions qu'il comporte. Sans doute ce droit existait auparavant et dès le jour de la naissance de l'obligation, mais il n'avait pas eu l'occasion de s'affirmer ; il représentait une réserve, une arme mise à la disposition du créancier et dont, sauf dans des cas exceptionnels, il ne s'était pas encore servi » (8). Le créancier de l'Etat va-t-il pouvoir faire donner cette réserve, utiliser ses ultimes armes ?

Malheureusement pour lui, les textes le lui interdisent formellement. Ils sont, pour la plupart assez anciens, mais leur netteté ne permet aucun doute. Le texte fondamental pourrait être la loi du 22 novembre - 1er décembre 1790, qui, dans ses articles 8 et 9, spécifie que les biens de l'Etat ne constituent pas le gage des créancier, et que leur aliénation n'est valable que « volontairement consentie » par les représentants de la nation.

Des lois postérieures firent application de ce principe à quelques services publics. La loi du 22 août 1791 (Titre 12, article 9) prohibe toute saisie en matière douanière ; la loi du 24 juillet 1793 (article 76) interdit la saisie de tout mobilier destiné au service de la poste ; la loi du 1er Germinal an XIII (article 48) prohibe la saisie en matière de contribution indirecte. En outre, les mêmes lois de 1791 et de l'an XIII frappent d'amendes et de sanctions disciplinaires les huissiers qui saisiraient les revenus publics.

Malgré ces textes, les Pouvoirs Publics croyaient bon, de temps à autre, de réitérer l'interdiction formelle de toute voie d'exécution directe à l'encontre des biens de l'Administration. Un arrêté directorial du 2 Germinal an V, texte célèbre, mais sans valeur législative, s'exprimait ainsi : « Considérant... que si les demandes en paiement des sommes dues... par la République... étaient portées devant les tribunaux ordinaires, comme tout jugement émané des tribunaux, entraine son exécution, il s'ensuivrait... que les propriétés nationales seraient à la merci du créancier de la République, lequel serait en droit, par l'autorité de la chose jugée, de les regarder comme le gage de sa créance ; qu'ainsi, les denrées, effets et marchandises dont le Gouvernement dispose par le ministère de ses préposés, seraient détournés de leur destination ; que les caisses de la Trésorerie nationale seraient elles-même saisissables ; qu'en un mot, le service général pourrait être non seulement entravé, mais totalement interrompu ». Ce texte paraît rattacher le principe de l'insaisissabilité des biens publics à celui de la séparation des autorités judiciaires et administratives, quoique « in fine », il invoque la nécessité de la marche des services publics.

Un avis du Conseil d'Etat du 12 août 1807 confirmé ultérieurement, par un avis du 26 mai 1813, interdisant à l'Administration de siasir les biens des communes ce qui, à fortiori, valait pour les simples particuliers, relevait de façon plus technique les obstacles à l'exercice des voies d'exécution contre les communes : « Considérant que dans l'exercice des droits du créancier contre la commune, il faut distinguer la faculté qu'ils ont d'obtenir contre elle une condamnation en justice et les actes qui ont pour but de mettre leur titre à exécution ; que pour l'obtention du titre, il est hors de doute que tout créancier d'une commune peut s'adresser aux tribunaux... ; mais que pour obte-

(8) Josserand : Cours de droit civil positif français 3e édit. T. 2, p. 413, n° 647.

nir un paiement forcé, le créancier d'une commune ne peut jamais s'adresser qu'à l'Administration ; que cette distinction, constamment suivie par le Conseil d'Etat, est fondée sur ce que, d'une part, les communes ne peuvent faire aucune dépense, sans y être autorisée par l'Administration ; que, de l'autre, les communes n'ont que la disposition des fonds qui leur sont attribués par leur budget, et qui, tous, ont une destination dont l'ordre ne peut être interverti ». En matière communale, le principe est d'autant plus clair qu'il existe une procédure spéciale d'exécution des dettes. En ce qui concerne l'Etat, il n'y a que des textes dont la valeur législative actuelle pourrait être mise en doute. Quant aux départements et établissements publics, il n'existe aucun texte général en la matière.

2° La jurisprudence :

La jurisprudence n'a jamais varié, et s'est toujours opposée à toute voie d'exécution directe contre l'Etat et ses démembrements.

Elle est très ancienne, et révélatrice de l'état d'esprit d'une administration jalouse de ses prérogatives. Non seulement elle se manifestait pour protéger l'Administration, mais encore ses fonctionnaires, dont les bien pouvaient être frappés de saisie et qu'elle plaçait sous le signe tutélaire, de l'article 75 de la Constitution de l'an VIII.

C'est ainsi que dans l'affaire Léotard (9) où la requérante avait obtenu d'un tribunal civil un jugement rendant les administrateurs d'une école de pharmacie, responsables sur leurs biens de la non-exécution par l'école, des jugement et arrêts rendus au profit de la requérante, le Conseil d'Etat, sur élévation du conflit, rappela d'une part que les fonctionnaires de l'Etat ne pouvaient être poursuivis sans autorisation et que par ailleurs, aucun tribunal ne pouvant ordonner une exécution à l'encontre de l'Administration, c'est à celle-ci seule d'y pourvoir, en dehors de toute contrainte.

Les tribunaux judiciaires eux-mêmes n'ont pas hésité à se montrer rigoureux. Par deux arrêts très anciens (10), la Cour de Cassation réforma deux jugements qui avaient autorisé une saisie-arrêt par le créancier entre les mains d'une administration jusqu'à concurrence des sommes dues au créancier par une Administration tierce (11).

Les attendus sont particulièrement précis « *Attendu qu'il est de principe absolu* de droit qu'il n'appartient pas à un créancier de l'Etat, *même pour assurer l'exécution d'une décision judiciaire* obtenue contre celui-ci, de faire saisir arrêter entre les mains d'un tiers, les denier ou autres objets qui sont la propriété de l'Etat ; que cette règle doit recevoir son application alors que le débiteur est un Etat étranger et que la somme ou effets saisis sont en France, comme c'est le cas de l'espèce » (12).

---

(9) *C.E.*, 13 avril 1823, p. 295.

(10) C. Cass. 16 Thermidor an X. C. Cass. 31 mars 1819. *S.* 1819-1-352.

(11) La saisie-arrêt est seulement — et formellement — autorisée pour les sommes que l'Etat doit à des tiers : valeurs dues aux entrepreneurs de travaux publics, paiement relatifs au service de la poste aux lettres, traitement des agents diplomatiques, pensions accordées par l'Etat à titre alimentaire, retraites et pensions militaires.

(12) C. Cass. 5 mai 1886. *S.*, 1886-1-353. Cf. C. Paris 2 mars 1831. *S.* 1831-2-100. Poitiers 7 août 1835. *S.* 1835-2-517, etc...

Le Conseil d'Etat, pour sa part, a toujours rejeté les recours contre le refus du Ministre des Finances d'inscrire sur le Grand Livre de la dette publique le transfert des titres de rente requis en vue de l'exécution d'une décision de justice, ce transfert allant à l'encontre du principe de l'insaisissabilité des rentes sur l'Etat (13).

Comme l'Etat, les communes profitent également de la prohibition des voies d'exécution à leur rencontre : « Considérant que les créanciers des communes ne peuvent agir par voie de saisie-arrêt pour obtenir les paiements de leurs créances reconnues en justice » (14). On pouvait hésiter en matière de saisie-arrêt qui est une mesure conservatoire avant jugement. Mais l'article 563 du Code de Procédure civile oblige le saisissant à peine de nullité, d'assigner le saisi à huitaine en validité de saisie, l'instance devant se terminer par un jugement attribuant au saisissant les deniers saisis. De sorte que, de mesure conservatoire, la saisie-arrêt est devenue exécutoire, autant que tout autre forme prohibée de saisie.

Malgré leur caractère particulier, les Etablissements publics bénéficient eux aussi de cette prohibition des voies d'exécution (15), même s'il s'agit d'une association syndicale formée et gérée par des particuliers « considérant que les associations syndicales du canal de Gignac présentent les caractères essentiels des *Etablissements publics, vis-à-vis desquels ne peuvent être poursuivies les voies d'exécution instituées par le Code de Procédure civile pour le recouvrement des créances contre les particuliers* (16).

C'est là une des formules les plus générales du Conseil d'Etat prohibant formellement toute utilisation contre l'Administration des voies d'exécution forcée et protégeant ainsi les diverses administrations (17).

Cette prohibition des voies d'exécution joue en tout état de cause, même s'il est allégué par les requérants qu'ils ont été réduits à les mettre en œuvre par suite du mauvais vouloir ou de

---

(13) *C.E.*, 19 décembre 1839 Bidot 590, 6 août 1778 Beauvois 819. La solution est autre si le Tribunal a simplement constaté une mutation de propriété par cession, car l'insaisissabilité n'est alors plus en cause : *C.E.*, 8 juin 1883 Poirault 541, 8 juillet 1898 Coudray 534. Toutefois il paraît résulter d'un arrêt Goyard (*C.E.*, 31 mars 1922, *R.D.P.*, 1925, 474 n. Jèze) que si le recours a été rejeté par le Conseil d'Etat, c'est semble-t-il parce que le juge judiciaire paraissait avoir subordonné la réalisation du transfert à l'assentiment de la femme du requérant.

Est-ce là le début d'un possible revirement jurisprudentiel ?

(14) *C.E.*, 19 octobre 1825 Reynes et Lonjon 582, Dijon 17 juillet 1872, *S.* 1873-2-41, C. Paris 11 janvier 1899, *S.*, 1900-2-9. Cette jurisprudence ne s'est jamais démentie. « Attendu que si... le créancier d'une Commune ne peut poursuivre par la voie judiciaire l'exécution d'une condamnation prononcée à son profit, et si, pour faire payer ce qui lui est dû, il doit s'adresser à l'Administration supérieure qui a seule le droit d'autoriser le paiement des dettes des Communes, il ne saurait non plus par voie de saisie-arrêt frapper d'indisponibilité aux mains des comptables qui les détiennent les fonds d'une Commune et priver celle-ci des ressources sans lesquelles les services municipaux ne pourraient fonctionner ». Req. 15 février 1938 Grenouiller. D. 1938-1-126 n. Monsarrat.

(15) *C.E.*, 5 juin 1806 Hospice de Chantilly, T. 1., p. 43. *C.E.* 22 janvier 1808 Halley de Ronville. Trib. cv. Seine 18 octobre 1933 *D.*, 34-2-65 n. Waline.

(16) *T.C.*, 9 décembre 1899 Canal de Gignac.

(17) Les voies d'exécution sont, au contraire, uitlisables contre les Etablissements d'Utilité Publique qui sont des établissements privés. Cf. C. Cass. 5 mars 1856. *D.* 56-1-121.

l'inertie de l'Administration qui se refusait à payer ses dettes, ou de l'autorité supérieure qui se refusait à l'y contraindre (18).

§ 2. — *Fondement de la prohibition des voies d'exécution.*

Le rechercher dans les textes, c'est éluder le problème, car parfois les textes manquent ou sont d'interprétation douteuse. On a voulu voir le fondement de l'insaisissabilité des biens de l'Administration dans le principe de la séparation du Juge et de l'Administration (19). Cela parce que seule l'Administration pourvoit aux dépenses publiques, à la marche des Services publics, qu'il n'y a pas de dépenses sans crédit au budget accordé par l'autorité compétente, parce qu'aucun tribunal ne peut ordonner une inscription d'office ou un mandatement. Mais seul ce dernier argument repose sur le principe de la séparation des autorités, les précédents pouvant se rapporter à la notion d'intérêt général ou aux règles de la comptabilité publique.

Or, interdire d'ordonner une dépense, c'est simplement interdire au Juge de substituer son appréciation à celle de l'Administration. Il n'est d'ailleurs pas rare de voir celle-ci interroger le Conseil d'Etat sur les mesures à prendre en vertu de ses décisions au contentieux. — Aussi, est à notre sens plus pertinent l'argument qui justifie l'absence de droit de gage général du créancier de l'Etat, par ceci, qu'une saisie risque de troubler la marche des Services publics de l'Etat (20), marche à laquelle certains biens sont indispensables. L'hypothèse n'a rien d'invraisemblable, puisque l'on vit un jour un créancier de la Compagnie des Chemins de fer de l'Ouest-Etat, faire saisir par un huissier en gare de Rennes, l'express de Brest deux minutes avant son départ : le train ne démarra que lorsque le Chef de gare eut pris l'engagement personnel de payer le créancier le lendemain (21).

Le service public serait ainsi désorganisé, l'ordre public troublé gravement au seul profit d'un créancier, dont l'ardeur procédurière pourrait être hors de proportion avec le montant de sa créance, le droit devenant alors un élément destructeur de l'Etat (22). Il n'est donc pas anormal de défendre ainsi les biens de l'Etat, non seulement contre les particuliers, mais encore contre les administrateurs peu vigilants. C'est là aussi le fondement de l'inaliénabilité — relative — et de l'imprescriptibilité des biens du domaine public. Mais s'il est normal de proscirre la prescription parce qu'occulte, il n'en est pas tout à fait de même pour la saisie qui se fait au vu de tous. On comprend, à la rigueur, qu'on ne puisse saisir un bien — encore qu'il n'est pas absolument démontré que tous les biens concourent également à la marche des services publics, mais on est en droit de se demander pourquoi la prohibition joue identiquement à l'égard des deniers.

---

(18) Trib. cv. Seine 18 octobre 1933. *D.*, 1934-2-65 n. Waline. Cet arrêt précise que seules les voies d'exécution sont prohibées et non leurs mesures, préliminaires, telles que les commandements, qui ne peuvent porter atteinte au fonctionnement des services publics.

(19) Artur. Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions. *R.D.P.* 1900, p. 269, n. 1.

(20) C'est le point de vue auquel se place l'arrêt Grenouiller précité.

(21) Cité par Defert. Exécution des jugements contre les personnes morales de droit administratif. *Thèse Paris*, 1910, p. 44.

(22) « Le droit ne peut être un élément destructeur de l'Etat ». Aristote. Polit. III VI I.

Car, enfin, une saisie, en l'espèce ne risquerait pas de ruiner l'Etat, ni son crédit : au contraire peut-être.

Mais les règles de la comptabilité publique s'y opposent et c'est, à notre sens, pour cette raison d'ordre technique, que les deniers publics sont insaisissables. En effet, ni les ordonnateurs, ni les payeurs, ne peuvent effectuer une dépense sans autorisation ; il ne disposent que de fonds dont la destination ne dépend pas d'eux, mais est établie suivant un ordre qui ne peut être interverti. C'est cela qu'exprime la règle de la spécialité budgétaire, selon laquelle les fonds votés en faveur d'un chapitre, ne peuvent être affectés à un autre (23).

Il est permis de regretter cet état de choses (24) et de proposer des réformes dont le principe pourrait être analogue à celui de la loi du 23 décembre 1925, article 7, qui avait autorisé les créanciers de l'Etat Roumain à saisir-arrêter dans certaines conditions, les revenus de l'Administration débitrice (25).

Mais tel est l'état du droit positif français, dans lequel les failles sont rares.

Il est cependant des cas qui prêtent à réflexion : une saisie avait été opérée d'un terrain communal, suivie de sa vente aux enchères pour remplir le créancier impayé d'une commune, or, le Conseil d'Etat rejeta la requête de la commune, motif pris de ce que l'arrêt de conflit avait été pris trop tard (26) et que le jugement avait acquis force de chose jugée. Selon nous, cela ne signifie pas une validation de la saisie : le Conseil a constaté que la commune n'avait qu'à utiliser la procédure à sa disposition. Que pouvait-il faire de plus une fois la saisie opérée et la vente faite ?

La Cour de Rennes a rendu un curieux arrêt qui fait tâche mais non tâche d'huile (27) : elle avait autorisé un créancier à saisir-arrêter entre les mains du receveur municipal les sommes à lui dues par une commune, une fois que celle-ci, autorisée par le Préfet, eut vendu un de ses biens, et que le prix de vente de ce bien eut été inscrit au budget avec effectation du crédit au paiement de la dette.

Il est impossible — quoiqu'on en ait dit — de voir dans une autorisation de vente de bien communal, une autorisation donnée au créancier de poursuivre le remboursement de sa créance par les voies d'exécution du droit privé. Précisément, parce que l'Administration contrôle ainsi les dépenses de la commune, c'est bien pour ne pas en laisser le soin auv particuliers. Par ailleurs, que serait-il arrivé si, au dernier moment, la commune avait dû subvenir à une dépense nouvelle et urgente ?

---

(23) Trib. cv. Toulouse 28 octobre 1907 *D.* 1910-2-105 n. Cézar-Bru (impossibilité pour un créancier d'une commune de signifier au Maire un commandement de folle enchère) : «...pour obtenir un payement forcé le créancier d'une Commune ne peut jamais s'adresser qu'à l'Administration ; que cette distinction est fondée sur ce que, d'une part les Communes ne peuvent faire aucune dépense sans y être autorisées par l'Administration : *que de l'autre, les Communes n'ont que la disposition des fonds qui leur sont attribués par leur budget et qui tous ont une destination dont l'ordre ne peut être interverti*... qu'en demandant jusqu'ici le payement à la commune de Toulouse, *il a méconnu les règles de la comptabilité communale ci-dessus rappelées* ».

(24) Allier *op. cit.* p. 133.

(25) Sur ce sujet cf. Tari : Des moyens d'assurer l'exécution des jugements rendus contre l'Administration, *Thèse Paris* 1933, p. 44 et s. et p. 61.

(26) *C.E.*, 20 février 1922. Gros Renaud, 134.

(27) 21 janvier 1892, *D.* 1893-2-380 et *S.* 1894 *S.* 230, cf. sur cet arrêt, Monsarrat, note ou *D.* 1938-1-126 (arrêt Grenouiller).

Il vaut mieux reconnaître sincèrement l'état positif du droit. Les voies d'exécution directe sont prohibées contre l'Administration dans la mesure où elles sont dirigées contre des biens du domaine de l'Etat ou des deniers publics.

Par biens domaniaux, il faut entendre tant les biens du domaine public que ceux du domaine privé. Il peut paraître étonnant de soumettre ceux-ci à la règle de l'insaisissabilité, alors qu'ils sont prescriptibles, mais, ainsi que le fait observer M. Waline : « Même la saisie et la vente des biens du domaine privé seraient contraires à l'intérêt général ; pour satisfaire un créancier qui, s'il attend un peu, sera payé sur le produit des impôts, on tarirait, en effet, une source permanente de revenus pour l'Etat : ce serait scier une branche pour avoir un fruit » (28).

On comprends dès lors pourquoi et dans quelle mesure les voies d'exécution ne peuvent être utilisées contre les concessionnaires de services publics. Ceux-ci sont bien cependant des personnes privées contre lesquelles les voies d'exécution du droit commun peuvent être employées. Mais ils exercent leur activité grâce à l'usage de certains biens qui font partie du domaine public ou grâce à la possession de biens qui, en vertu du contrat de concession, doivent à la fin de celui-ci être remis à l'Etat. Par conséquent, dans la mesure où des voies l'exécution sont dirigées contre ces biens, une pareille procédure est illégale (29). Elle devient cependant admissible lorsque les créanciers prétendent, par exemple, saisir des constructions faites par le concessionnaire à titre précaire, c'est-à-dire des constructions qui ne sont pas destinées à entrer ultérieurement dans le domaine de l'Etat (30).

Cette solution doit, au prime abord, être étendue aux entreprises nationalisées. Cependant, le problème est ici assez complexe, car si toutes les concessions sont soumises aux mêmes principes juridiques, il n'en est pas de même des entreprises nationalisées qu'il paraît difficile de ramener à un type juridique uniforme.

En effet, une équivoque politique est à la base des nationalisations. Certaines ont essentiellement paru consister en une sanction, d'ailleurs d'ordre politique plus qu'économique, dirigée contre des entreprises accusées de collaboration avec les Allemands durant l'occupation (Usines Renault). D'autres, au contraire, ont été proposées comme remède à une exploitation déficitaire (Houillères du Nord et du Pas-de-Calais). On a parlé de retour des richesses nationales à la Nation, ce qui ne signifie pas grand chose. On a surtout essayé de faire une expérience d'économie socialiste, destinée à combattre la grande industrie (« les trusts »), le rassemblement d'énormes capitaux en un petit nombre de mains étant considéré dangereux pour l'ordre politique et la sécurité nationale.

Quoiqu'il en soit de ces motifs, il en résulte que les nationalisations ont été opérées sans plan général préétabli, de façon fort empirique, au gré des circonstances et des compromis poli-

---

(28) Manuel élémentaire de droit administratif, 4° édit., p. 470, 3° édit. p. 454, cf. Bonnard : Précis de droit administratif, 4° édit., p. 678.

(29) Trib. Seine 27 juillet 1850, *D.* 1850-5-78. Trib. Bayeux 19 mai 1911. . 1912-2-125 (impossibilité de saisir des locomotives). Cf. Glasson et Tissier: Précis de procédure civile, 2° édit. T. 2, n° 1167. Traité élémentaire des voies d'exécution n° 17.

(30) Req 10 avril 1867. *D.* 1867-1-397.

tiques. De telle sorte qu'il est difficile de classer les entreprises nationalisées dans les cadres habituels des services publics. Sont-elles des administrations publiques ou des entreprises privées ? Dans le premier cas, il n'est pas de voies d'exécution sur leurs biens, Au contraire dans le second.

Il semble bien que l'intention des législateurs ait été de les soustraire, du moins dans une très grande part, à l'application des règles du droit administratif.

C'est ainsi qu'il a souvent stipulé que les entreprises nationalisées demeuraient soumises à la législation commerciale (31) et pouvaient même conserver, jusqu'à ce qu'intervienne une loi fixant leur statut juridique, le statut des sociétés anonymes (32).

Il est parfois précisé que les règles de la gestion financière et comptable sont celles des sociétés industrielles et commerciales (33), que l'entreprise est dispensée du contrôle financier prévu par le décret du 25 octobre 1935 sur les Etablissements publics de l'Etat et par le décret du 30 octobre 1935 sur les sociétés, syndicats, associations ou entreprises ayant fait appel au concours financier de l'Etat (34).

Aussi, n'est-il pas étonnant de voir reconnues par la loi à ces organismes, la personnalité civile et l'autonomie financière (35).

Mais l'on retrouve cependant des effets de l'indétermination conceptuelle qui a présidé à la naissance des entreprises nationalisées. L'article 2 (al. 1) et l'article 3 (al. 1) de la loi du 8 avril 1946, relative à la nationalisation du gaz et de l'électricité, déclarent que la gestion des entreprises ainsi créées est confiée à un « Etablissement public National de caractère industriel et commercial ». S'agit-il là d'un établissement public au sens habituel du mot, c'est-à-dire d'un organe administratif spécialisé et décentralisé ? Ce caractère doit-il être reconnu aux entreprises nationalisées auxquelles il n'est pas expressément attribué ?

D'autres textes organisent par ailleurs un contrôle à allure administrative très poussée, de la gestion de certaines entreprises (36). Certains déclarent que leurs capitaux appartiennent à la Nation (37). Cela signifie-t-il que les règles de la domanialité leurs sont applicables ? Qu'est-ce qui nous permet d'affirmer, comme le fait M. Personnaz, que ces règles ne jouent que pour certains immeubles, et non pour les meubles et produits (38) ?

Un point cependant paraît devoir être acquis : les règles de la comptabilité publique ne sont pas applicables à la gestion financière des entreprises nationalisées. Dès lors, on n'a pas affaire à des deniers publics, mais à des deniers privés sur lesquels les voies d'exécution devraient pouvoir être exercées. Par ce caractère,

---

(31) Art. 10, al. 1, L. 2 novembre 1945 relative à la nationalisation de la Banque de France et des grandes banques. Art. 5 L. 25 avril 1946 concernant la nationalisation et l'organisation de l'industrie des assurances.

(32) Art. 33 L. 25 avril 1946 précitée.

(33) Art. 24 Ord. 13 décembre 1944. Art. 5 L. 17 mai (nationalisation des houillères). Art. 9 Ord. 16 janvier 1945 (régie Renault). Art. 24 L. 8 avril 1946 (nationalisation du gaz et de l'électricité).

(34) Art. 9 ord. 16 janvier 1945 (précitée). Art. 5 L. 17 mai 1946 (précitée).

(35) Art. 1 ord. 13 décembre 1944 (précitée). Art. 7 ord. 16 janvier 1945 (précitée). Art. 2 L. 17 mai 1946 (précitée).

(36) Art. 14-23-2°-24-28 L. 17 mai 1946 (Houillères).

(37) Art. 16 al. 2 L. 8 avril 1946 (gaz électricité), art. 18 L. 17 avril 1946.

(38) Personnaz « La nationalisation des Houillères françaises ». Droit social 1947. p. 122 § 2.

ces entreprises se différencient donc nettement des régies et des Etablissements publics (39).

Les concessionnaires gèrent aussi un service public avec des deniers privés. Mais ils poursuivent finalement un but égoïste et c'est cela que, précisément, les nationalisations ont voulu éviter.

Il semble pourtant que, du point de vue des voies d'exécution, la situation des concessionnaires et celle des entreprises nationalisées soient assimilables.

Tout d'abord, parce que certaines de celles-ci ont simplement succédé à des concessions de service public. Ensuite, parce que si leur gestion financière est privée, elles peuvent utiliser des biens domaniaux contre lesquels les voies d'exécution ne peuvent être employées.

Par conséquent, il nous semble que dans la mesure où les voies d'exécution seront dirigées contre les deniers de ces entreprises et contre les biens leur appartenant à titre privé, elles devront être autorisées (40). Ceci pourra être très efficace à l'encontre des Banques et Compagnies d'Assurances nationalisées, par exemple, dont la nationalisation a voulu réduire la puissance, et qui ne doivent pas, par un contre coup paradoxal, échapper à l'action des particuliers sous prétexte qu'elles sont nationalisées.

Toutefois, il existe un danger. Les tribunaux pourront, en effet, être tentés de décider que la prohibition des voies d'exécution reposant sur la nécessité d'assurer la marche des services publics, il n'y aura pas de voies d'exécution données contre les entreprises nationalisées dont la gestion « dans l'intérêt de la Nation » pourra peut-être, par eux, être abusivement assimilée à une gestion de service public. Par ce fondement très large — et injustifié, ou du moins qui ne correspond pas, à l'état actuel, de notre droit positif — de la prohibition des voies d'exécution, il est possible que les tribunaux essaient de camoufler leur timidité à l'égard de ces nouveaux organismes.

SECTION 3. — LES VOIES D'EXECUTION INDIRECTE CONTRE L'ADMINISTRATION

SOUS-SECTION 1. — L'HYPOTHÈQUE JUDICIAIRE

§ 1er. — *L'hypothèque judiciaire en droit public.*

Aux termes de l'artcile 2123 du Code civil, l'hypothèque judiciaire est cette hypothèque générale que la loi attache à tout jugement qui condamne un débiteur à exécuter son obligation. C'est là une garantie, une sûreté remarquable, car le débiteur connaît la menace qui pèse sur ses biens. Cette menace peut un jour se réaliser s'il n'exécute pas son obligation, et cela d'autant plus facilement que l'hypothèque judiciaire existe de plein droit, est générale quant aux biens, comporte droit de préférence et de suite, et que tous les jugements emportant condam-

---

(39) Cf. cependant G. Lyon-Cahen : « Les diverses formes de nationalisation », Droit Social 1945, p. 41-42, pour qui l'essence des entreprises nationalisées est constituée par la synthèse de ces contradictions : savoir que l'on a affaire à une entreprise industrielle soumise au droit commercial, mais qui doit gérer ses fonds dans un intérêt exclusivement national.

(40) Cf. Vedel: « La technique des nationalisations: « Droit social 1946, p. 97. Luchaire: « Le statut des entreprises publiques ». Droit Social 1947, p. 304-305.

nation la mettent en jeu : jugement contradictoires ou par défaut, provisoires ou définitifs, et ce, malgré opposition, appel ou pourvoi en cassation, jugements d'accord ou d'expédient, les homologations de partage, les jugements relatifs aux redditions de compte, les contraintes administratives, les jugements des tribunaux étrangers revêtus d'un exéquatur par les tribunaux français...

Pareille menace à l'égard de l'Administration constituerait une forte sécurité pour le justiciable. Malheureusement, la jurisprudence — rare il est vrai — paraît dénier la force hypothécaire aux jugements rendus contre l'Administration.

Dans une première phase, la jurisprudence admit pourtant le procédé. Un Conseil de Préfecture ayant condamné la ville d'Agen en paiement d'une somme d'argent, le créancier inscrivit son hypothèque judiciaire. La ville ayant été par la suite autorisée à vendre un immeuble, à condition d'affecter le prix de la vente au percement d'un boulevard, le créancier somma la ville et le tiers acquéreur de payer la somme due, sous peine de voir procéder à la saisie réelle et à la vente de l'immeuble. Le tiers acquéreur cita devant le Tribunal civil le créancier et la ville en garantie. De plus, la ville d'Agen assigna le tiers en paiement du prix et son créancier en nullité de commandement, et leur demanda des dommages et intérêts pour l'avoir empêché de toucher le prix de vente, et avoir, de ce fait, retardé le percement du boulevard. Le Tribunal, puis la Cour d'appel d'Agen validèrent l'hypothèque et la Cour de cassation rejeta le pourvoi de la ville d'Agen (41). Mais, un an plus tard, il y eut un revirement jurisprudentiel et le Tribunal de la Seine, sur la demande du Préfet de la Seine, annula une inscription d'hypothèque prise contre la ville de Paris par un de ses créanciers (42).

§ 2. — *Raisons qui permettraient de grever d'une hypothèque judiciaire les immeubles de l'Administration.*

On a fait valoir, ne s'agissant que de biens du domaine privé, qui soumis au régime du droit civil, sont grevables de droits réels, prescriptibles et aliénables, aucun texte spécial ne dérogeant en leur faveur au droit commun, l'article 49 de la loi du 24 juillet 1889 donnant la force hypothécaire aux arrêts des Conseils de Préfecture, au surplus les anciens auteurs soutenant cette opinion, que le service public ne courait à cette occasion aucun risque (43).

De plus, il est admis qu'une commune régulièrement autorisée peut conférer une hypothèque conventionnelle sur ses biens ; pourquoi ne subirait-elle pas une hypothèque judiciaire, dont les effets sont les mêmes ?

Par ailleurs, on peut dire que l'autorisation de plaider donnée à une commune l'autorise à subir toutes les conséquences du procès et équivaut à l'aliénation partielle de ses biens règlementée par l'article 68-2 de la loi municipale. Sans même aller jusque là, il est soutenable d'affirmer que l'autorisation n'étant nécessaire que pour une aliénation volontaire, elle ne l'est plus

---

(41) Trib. Agen 12 décembre 1891. C. Agen 18 juillet 1892 *S.* 1892-2-1 et 5. C. Cass. 18 décembre 1893, *S.*, 1894-1-456.

(42) 7 février 1895. *P.* 1896-2-50.

(43) Cf. de Cormenin. Droit administratif T. 1, p. 424. Foucart. Eléments de droit public et administratif 3° édit. 109 n° 1640.

pour une aliénation forcée : l'article 2227 du Code civil ne soumet-il pas les biens du domaine privé de la commune au régime de la prescription, qui est une aliénation forcée ? Et il est même possible d'affirmer que l'on n'a pas affaire à une aliénation forcée, amenant la commune à payer en dehors des procédures établies à cet effet, car l'hypothèque judiciaire est un acte conservatoire et non un acte d'exécution.

La preuve en est que le créancier ne peut poursuivre la vente qu'autant que la comune a été autorisée à vendre : son seul droit sera un droit de préférence à l'égard des créanciers hypothécaires tardivements inscrits ou des créanciers chirographaires.

Mais c'est là singulièrement et arbitrairement réduire la force hypothécaire : le créancier perd son droit de suite, et est obligé d'attendre le bon vouloir de la commune. Si son titre n'est pas exécutoire, il est inefficace. C'est ce qu'avait bien compris la Cour d'Agen, qui elle, reconnaissant le droit de suite, accordait toutes ses conséquences logiques à l'hypothèque judiciaire.

§ 3. — *Raisons de la prohibition de l'hypothèque judiciaire.*

Mais c'est précisément cette logique (44) qui doit conduire à ne pas admettre la force hypothécaire des décisions de justice à l'encontre de l'Administration et les arguments qui interdisent le recours à l'hypothèque judiciaire sont légion.

Nous avons vu que le créancier de l'Administration ne possédait pas de droit de gage général sur ses biens, droit dont l'hypothèque judiciaire est une manifestation.

Les biens possédés « jure civili » par les pouvoirs publics sont tout de même soumis à un régime spécial, il a fallu un texte pour établir la prescription (article 2227 du Code civil) qui, d'ailleurs, peut être utile à l'intérêt général, alors que l'hypothèque ne sert qu'un intérêt privé.

On ne peut, en outre, assimiler les hypothèques conventionnelle et judiciaire. Si même la première peut être consentie (et le Tribunal civil de la Seine en doute), ses caractères sont différents ; elle exige en effet un accord de volonté et, à ce titre, n'est jamais une surprise. En outre, pour qu'elle frappe les biens à venir, elle doit comporter une inscription spéciale lors de l'entrée de chaque bien dans le patrimoine des débiteurs.

C'est d'autre part commettre un abus que d'assimiler une autorisation de plaider à une autorisation d'aliéner : comment le juge pourrait-il donner lui-même cette autorisation sous forme camouflée, sans substituer son action à celle de l'autorité compétente ? D'autant plus que, lors de l'autorisation d'aliéner, le prix de vente a reçu une affectation : ce serait donc admettre qu'un simple particulier a le droit de le détourner de son affectation. Or, la règle de l'affectation est une règle primordiale, une de celle qui a le plus contribué à interdire toute saisie à l'encontre de l'Administration.

Car l'hypothèque judiciaire tend aux mêmes fins qu'une saisie. On peut discuter son caractère conservatoire, mais il faut se rappeler que la saisie-arrêt, qui est une mesure conservatoire,

---

(44) Cf. Cézar-Bru n. au *D.* 1910-2-105 : « L'exercice du droit de suite serait de toute façon la contradiction des règles administratives sur le budget et la comptabilité publique ». Par ailleurs une hypothèque qui ne comporte qu'un droit de préférence n'est pas une hypothèque.

n'en est pas moins interdite. Et directement ou indirectement, on en arrive à l'exécution sur les biens de l'Administration.

Par ailleurs, il n'est pas dit que l'hypothèque judiciaire puisse donner toute satisfaction au créancier de l'Administration. En vertu de l'article 2170 du Code civil, le tiers acquéreur a le droit de renvoyer le créancier discuter les biens du débiteur principal, soit avant qu'il n'intente l'action en paiement ou en délaissement, soit même après avoir été payé. Or, les biens de l'Administration étant insaisissables, ils ne peuvent être discutés. Voilà donc le droit de suite éventuel pour le créancier, réductible à néant. Et il risquera d'en arriver autant au droit de préférence, si le tiers n'ayant pas payé, purge et consigne le prix d'acquisition à la Caisse des Dépôts et Consignations. De ce fait, l'Administration devient propriétaire du prix, et son créancier cesse d'être créancier hypothécaire, incapable dorénavant de saisir cette somme juridiquement confondue avec les deniers communaux.

Il est vrai que la consignation aboutit à l'ouverture d'un ordre. Toutefois, en la matière, cela est sans efficacité, car si le juge délivrait un bordereau de collocation, c'est-à-dire un ordre de paiement, il empièterait sur les prérogatives des ordonnateurs qui, seuls, ont le droit de délivrer un mandat.

En définitive, l'hypothèque judiciaire aboutissant aux mêmes effets que la saisie, est par celà même condamnée. Le législateur a prévu d'ailleurs les inconvénients qui résulteraient de l'adoption d'un pareil système, puisque pour toutes les acquisitions à l'amiable, l'Administration est obligée de recourir à la purge des hypothèques (sauf pour les petites acquisitions (45) et pour les ventes entre Administrations) et que l'expropriation pour cause d'utilité publique produit purge par elle-même.

Les conséquences pourraient être aussi fâcheuses pour les simples particuliers : ainsi, le créancier qui a obtenu l'autorisation de faire vendre un bien communal, pourrait être primé, quoique ayant suivi une procédure régulière par un créancier ayant inscrit son hypothèque judiciaire avant que l'autorisation de vente n'ait été accordée.

Si donc juridiquement le procédé n'est pas justifiable, l'intérêt général, sur le plan pratique, le réprouve aussi. Si une commune voit saisi le prix de vente d'un de ses immeubles, elle devra pour une dépense qu'elle ne peut différer, recourir à un emprunt ou à de nouveaux centimes additionnels, ce qui grèvera une fois de plus les contribuables. Cela arrivera d'autant plus facilement qu'un jugement par défaut emporte hypothèque judiciaire, et que même si sur opposition, appel ou pouvoi en cassation, le droit de l'Administration est reconnu, le prix de l'immeuble aura pu être saisi par le créancier, qui sera peut-être plus tard insolvable.

En conclusion, l'hypothèque judiciaire ne peut être utilisée contre les pouvoirs publics, car elle tend aux mêmes résultats qu'une saisie, et présente des conséquences juridiques et pratiques très fâcheuses, tant pour le crédit de l'Administration que pour la sauvegarde de l'intérêt général, en n'offrant d'ailleurs peut-être que des avantages réduits au créancier hypothécaire.

---

(45) *D.* 31 sep. 1921 : Communes. *D.* 17 mars 1922 : Départements.

Sous-Section 2. — La compensation

Les administrés réduits à l'impuissance par l'interdiction à eux faite de poursuivre l'exécution de leurs obligations par les voies d'exécution du droit privé, ont inlassablement recherché d'autres procédures destinées à la même fin. Et ils ont pu croire être au bout de leurs peines en recourant à la compensation des articles 1289 à 1299 du Code civil, qui autorise « l'extinction, jusqu'à concurrence de la plus faible, de deux dettes coexistant en sens inverse entre les mêmes personnes » (40).

Il y a là pour les créanciers de l'Etat une arme puissante et efficace, dont la portée pratique est à souligner. En effet, la quasi totalité des créanciers de l'Etat, crédirentiers, fonctionnaires, entrepreneurs, fournisseurs sont en même temps débiteurs d'impôts. Il peut arriver qu'ils soient aussi débiteurs à un autre titre : un entrepreneur ou un fournisseur, créancier du prix de ses travaux ou fournitures, peut être débiteur d'une indemnité pour retard dans l'exécution ou la livraison. La compensation leur offre le grand avantage de les mettre à égalité avec l'Administration, de les garantir d'un risque d'insolvabilité, et de pouvoir ainsi aboutir à une sorte de paiement forcé conférant une sorte de privilège à la créance qui est l'objet de la compensation.

Mais précisément, en raison de ces caractères, la compensation, parce qu'elle réalise un paiement forcé et confère un privilège, se heurtera à l'hostilité de l'Administration qui y verra d'une part une affectation, en dehors de sa volonté, des recettes publiques aux dépenses, et d'autre part, une source de difficultés techniques au cas où sa créance et sa dette sont encaissées ou décaissées par des comptables différents qui, pour faire jouer la compensation devront s'adresser des renseignements, ce qui n'est évité que lorsque c'est le même comptable public qui enregistre cette opération. Les deux positions sont inconciliables : une étude rapide de la compensation en droit privé, puis des solutions jurisprudentielles en droit public nous conduira à constater, et à regretter avec la doctrine, qu'un créancier-débiteur de l'Etat ne peut lui opposer la compensation.

§ 1er. — *La Compensation en droit privé.*

Tous les auteurs s'accordent à lui reconnaître les caractères suivants :

— Le caractère libératoire : l'extinction réciproque vaut paiement.

— le caractère extinctif : mais limité au montant de la dette la plus faible. Jusque-là il n'y a rien qui ne puisse être accepté en droit public. Mais :

— la compensation a le caractère d'un double paiement forcé : or, nous avons vu que l'Administration ne peut être contrainte par aucune voie de droit à effectuer un paiement,

— et surtout, au sens de l'article 1290, elle est légale, c'est-à-dire qu'elle s'effectue de plein droit par la seule force de la loi, même à l'insu du débiteur. Cela ne signifie pas qu'elle est d'ordre public, puisqu'on peut y renoncer, sous réserve des droits acquis à des tiers du chef de la compensation déjà réalisée : la compensation n'est pas le fait du juge, ni des particuliers, mais de la loi. C'est précisé-

(46) Josserand, *op. cit.*. T. 2, p. 560, n° 930.

ment ce caractère clandestin que l'Administration redoute. Mais des conditions sont mises au déclanchement de ce mécanisme, qui éloignent une part des dangers que représenterait le jeu trop généralisé de la compensation.

Il faut évidemment qu'il s'agisse de deux dettes entre les mêmes personnes mais de deux dettes liquides, exigibles (ce qui exclue les dettes affectées d'un terme ou d'une condition, les dettes concordatées, les dettes issues d'obligations naturelles) , qui aient pour objet des sommes d'argent ou des choses fongibles de la même espèce (ce qui exclue les dettes de corps certain, les dettes de choses fongibles, de qualité différente (crus de vins) (47).

Mais surtout il faut qu'il s'agisse de deux créances saisissables, et qu'aucun obstacle ne puisse s'opposer au paiement forcé : ainsi on ne peut compenser une créance saisie-arrêtée, non plus qu'une créance en restitution d'une chose dont on a été injustement dépouillé, non plus enfin qu'une créance de dépôt ou de prêt à usage (48).

Il existe en droit privé deux autres formes de compensation : la compensation conventionnelle, dont nous ne nous occuperons pas puisqu'elle suppose un accord et non une subordination de volontés — et la compensation judiciaire — facultative, il est vrai pour le tribunal, mais qui permet à celui-ci de liquider lui-même une créance (née de délit ou de quasi-délit) et d'en ordonner la compensation avec une créance déjà liquide.

Le simple exposé des caractères et effets de la compensation, légale ou judiciaire, peut faire douter de l'adoption de cette institution en droit public : réalisation d'un paiement forcé alors que les dettes de l'Administration sont insaisissables, caractère occulte de la compensation légale, pouvoir de liquidation du juge en matière de compensation judiciaire, ce qui le substituerait au liquidateur administratif.

Toutefois, il est une autre institution reconnue par le droit public et dont il convient, avant tout, d'opérer la discrimination d'avec la compensation : nous voulons parler de l'imputation.

§ 2. — *Compensation et Imputation*

L'imputation est aussi un procédé d'extinction de créances réciproques, mais établi par la coutume administrative et consacré par la jurisprudence et quelques textes. Elle est couramment pratiquée par l'Administration de l'Enregistrement, désireuse de simplifier les procédures financières, trop strictes en matière de restitution de droits aux contribuables dont, par ailleurs, il est équitable de prendre en considération la bonne foi.

Mais alors que la compensation joue à l'égard de dettes juridiquement différentes, telles qu'une dette d'impôt et une dette administrative de dommages et intérêts, liées uniquement comme intéressant le même patrimoine, l'imputation exige qu'il y ait identité de causes juridiques entre les deux dettes.

Quelques exemples nous feront mieux comprendre :

Ainsi, il se peut que l'Administration ait perçu des droits trop élevés sur un acte. Puis des droits sont à nouveau versés sur un second acte. Or, l'individu qui a trop versé une première

---

(47) V. le cas spécial prévu par le § 2 de l'article 1291 c. cv.

(48) Dans un but de protection sociale, l'article 50 du livre du Code du Travail interdit la compensation au profit de l'employeur, entre les salaires dus aux ouvriers et les sommes dues par ceux-ci à leur employeur.

fois, n'a peut-être pas à sa disposition de créance de restitution : l'Administration admettra très facilement que les droits perçus en trop, viennent en déduction des droits nouvellement exigés. Or, la dette du contribuable avait, dans les deux cas, la même cause juridique : l'acte générateur était le même. Pour des motifs identiques, peut être demandée l'imputation sur les nouveaux droits, des droits antérieurement perçus à l'occasion d'un acte nul, postérieurement refait.

La pratique administrative semble bien être en ce sens, et cela lui est d'autant mieux facilité que, généralement, le créancier qui a déjà versé une somme, demandera simplement à ne pas en verser une autre, en tout ou partie, alors qu'au contraire, il invoquera la compensation en se refusant à payer sa dette à l'Etat qui, prélalablement, n'aura pas payé la sienne. Il y a là un point de vue pratique qu'il ne faut pas perdre de vue.

La jurisprudence fait d'ailleurs souvent la distinction entre imputation et compensation, pour valider le premier procédé et, le plus souvent, invalider le second.

Par un arrêt du 30 janvier 1855, la Cour de Cassation admet la compensation entre le droit indûment payé et le droit exigible : malgré le terme, il y a là une imputation, car il s'agit d'un règlement de compte entre les diverses causes d'imposition qui existent dans l'acte soumis à taxation.

Mais la difficulté résidera toujours en ce qu'il sera délicat d'apprécier, si l'on est en présence de faits imposables différents ou d'articles distincts d'un même compte.

A notre sens, on ne peut voir qu'une imputation dans la « compensation » admise par le Conseil d'Etat (49), quand l'imposition erronée est dûe à une faute de l'Administration, où à une appréciation inexacte des faits.

Il y a cependant des décisions aberrantes : sous le prétexte que cela constituerait une compensation, il fut interdit d'imputer des droits nouvellement perçus à l'occasion d'une mutation entre vifs, sur les droits indûments perçus lors d'une précédente mutation (50). Cela est contraire aux pratiques que nous avons exposées, et il s'agissait bien de la perception du même impôt à l'occasion de l'émission d'actes identiques.

Imputation et compensation sont des termes souvent employés l'un pour l'autre. Peu importe, si l'on sait distinguer la nature des deux procédés. C'est ce qu'à fait en utilisant cependant une terminologie erronée, l'ordonnance du 17 août 1945, qui avait établi l'impôt dit de solidarité nationale. Celle-ci, en effet, dans son article 54, § 3, admet la *compensation* (tout en employant le terme d'imputation) entre les créances sur l'Etat, en vertu de la législation des dommages de guerre et les dettes provenant de l'impôt de solidarité — et dans les articles 38 (dernier al.) et 29 (al. 1) autorise *l'imputation* des sommes dues en vertu de cet impôt sur les sommes que l'Etat peut devoir au titre du droit de préemption qu'il a exercé sur les biens des assujettis, ou au titre du prélèvement effectué sur le patrimoine des sociétés françaises.

---

(49) 28 juin 1889. *D.* 1891-3-16.

(50) C. Cass. 13 février 1878.

§ 5. — *La compensation du droit public.*

1° Les textes :

Il n'existe aucun texte prohibant ou autorisant, de manière générale, le jeu de la compensation en droit public. Le doyen Bonnard (51), afin d'admettre le procédé de la compensation, tire argument de la loi de 1819, selon laquelle les applications du droit privé en matière fiscale ne doivent être rejetées qu'en présence d'un texte formel ou, si elles sont incompatibles avec les règles du droit public financier.

A cela, il est facile de répondre que l'existence de textes autorisant la compensation est la preuve de la nécessité d'une dérogation formelle au principe de la prohibition. Cela d'autant plus que le décret du 26 septembre 1793 stipule que toutes les créances de l'Etat doivent être réglées administrativement.

La compensation est autorisée par quelques textes dont beaucoup sont des lois de circonstances. On peut citer :

— la loi du 14 avril 1819 prévoit dans son article 6 la possibilité de compenser la créance de contribution directe et les arrérages de la dette publique, lorsque la demande en est faite par le contribuable ;

— la loi du 6-12 septembre 1871 autorise les contribuables justifiant du versement de certaines sommes à titre de contribution de guerre à déduire leur valeur sur le montant de leurs contributions, pour l'année 1870-71 ;

— la loi du 17 avril 1919, dans son article 46, permet le jeu de la compensation entre les dettes publiques des particuliers et leurs créances sur l'Etat, à raison des indemnités pour dommages de guerre (52). Cette loi fut suivie d'une série de mesures semblables en faveur des sinistrés (53) ;

— la loi du 31 décembre 1921, article 4, permet de compenser la dette d'impôt et l'indemnité due aux propriétaires pour les pertes de loyer subies en application de la loi du 9 mars 1919.

L'ordonnance du 17 août 1945, dont l'article 34, §3, stipule que les contribuables sinistrés ou spoliés par suite de faits de guerre et dont le patrimoine a une valeur globale nette n'excédant pas trois millions de francs (six millions pour les ménages qui font une déclaration unique) peuvent obtenir que soit imputée (c'est-à-dire compensée) sur le montant de l'impôt, une somme égale à celle qu'ils sont susceptibles de recevoir de l'Etat, en vertu de la législation définitive sur les dommages de guerre ; cette imputation éteint jusqu'à dûe concurrence le droit à indemnité. Par ailleurs, ces contribuables sont autorisés à surseoir au paiement total ou partiel de l'impôt jusqu'à fixation de la dite indemnité (54).

---

(51) Revue de Science et de législation financière, 1911, p. 5.

(52) La portée de ce texte fut restreinte par l'article 6 de la loi du 18 juillet 1923.

(53) L. 4 décembre 1925 art. 2 in fine. L. 2 mai 1924 art. 4. L. 31 décembre 1924 art. 34. L. du 24 avril 1926 art. 125.

(54) V. Fr. et J. Ripert: « L'impôt de solidarité nationale ». Paris-Dalloz 1946 G. Rampon: « L'impôt de solidarité nationale sur le capital et sur l'enrichissement » Juris-classeur, Paris.

2° *La jurisprudence :*

Il est, à notre sens, impossible de trouver dans les textes une prohibition ou une autorisation générale du jeu de la compensation en droit public. Force nous est donc de recourir à la jurisprudence.

Lorsque la compensation est invoquée par l'Administration, le Conseil d'Etat n'interdit pas le procédé (55) : en effet, il n'est exercé aucune contrainte à l'encontre de l'Etat qui n'utilise la compensation que volontairement et parce qu'il y trouve son intérêt. Lorsque la compensation est refusée, c'est que les conditions de son exercice n'étaient pas remplies (56), encore que le Conseil d'Etat soit assez large puisqu'il admet que les plus-values apportées à une propriété, compensent les dommages survenus par suite de l'exécution des travaux (57).

Il en est tout autrement de la part du Conseil d'Etat lorsque la compensation est invoquée par les créanciers de l'Etat.

Dans des arrêts anciens, il semble en avoir admis la possibilité, l'ayant seulement repoussée en l'espèce, soit, parce que la créance du requérant était éteinte (58) soit parce que la défense de l'Administration était justifiée par un autre moyen de droit qui évitait de se prononcer sur la compensation (59), soit parce que le Conseil d'Etat renvoyait le requérant à faire valoir ses droits devant l'autorité compétente (60), soit enfin, parce que la créance du requérant n'était pas justifiée (61). Mais par la suite, le Conseil d'Etat s'est formellement opposé à toutes demandes de compensation, mettant en jeu une créance d'impôts.

On trouve une manifestation de ce point de vue dans un grand nombre de décisions (62) alors même que l'Administration donnait avis favorable (63) à la demande de compensation du repuérant. Le Conseil d'Etat se conformait en cela aux aux conclusions très précises et très énergiques de ses commissaires du gouvernement, qui voyaient dans la compensation « une espèce de saisie, un paiement imposé au débiteur par son créancier (64).

Mais la jurisprudence perd de son unité quand la créance à compenser n'est plus une créance d'impôt. C'est ainsi que furent admises, la compensation entre une créance de l'Etat relative à des dommages et intérêts dus par un entrepreneur pour retard dans l'exécution des travaux et la créance de ce dernier contre

---

(55) *C.E.*, 16 décembre 1830 Inglar de Limayrac 537. *C.E.*, 13 mai 1831 Subtil de Saint-Louet 185. *C.E.*, 17 janvier 1896 Henry 50. *C.E.*, 21 février 1896 Langlade 178 et la note. *C.E.*, 17 décembre 1896 Ville de Lorient 861. *C.E.*, 4 juillet 1930 Soc. l'Oxylithe 693 *C.E.*, 19 juin 1934 Soc. X... 695 *C.E.* 4 décembre 1935 Bernard 1130. *C.E.*, 29 juillet 1937 X. (1° esp.) 806. *C.E.* 14 février 1938 X. (1° esp.) 151. *C.E.*, 24 mai 1940 Vincent 186. *C.E.*, 11 janvier 1946 Association syndicale du lotissement des quartiers des Arênes à Arcachon, *S.*, 1947-3-17, n. critique Liet-Veaux.

(56) *C.E.*, 7 juillet 1853 Rémy long 665. *C.E.*, 19 avril 1944 Veuve Rivoal 116, 28 février 1945 Ville de Pont-Audemer 46.

(57) *C.E.*, 27 janvier 1853 Bernard 159, *C.E.*, 11 janv. 1946 précité.

(58) *C.E.*, 17 avril 1822 Bricou, 303.

(59) *C.E.*, 28 février 1828 Marchais de la Berge, 207.

(60) *C.E.*, 16 mars 1886 Héritiers Ducru 126.

(61) *C.E.*, 7 janvier 1858 Association des Vidanges d'Arles, 37.

(62) *C.E.*, 7 février 1899 Bascou, 99. *C.E.*, 10 janvier 1890 Syndicat des Marais du littoral de la Gironde, 6. *C.E.*, 11 février 1893 Dupuy. *C.E.*, 5 avril 1895 Bureau 315. *C.E.*, 19 avril 1929 X..., (1° esp.) 396.

(63) *C.E.*, 10 janvier 1890. *D.* 1891-3-57.

(64) Concl. Wurtz arrêt Bureau, précité.

l'Etat à raison du paiement du prix de ses travaux (65) — et la compensation entre la créance d'un directeur de théâtre, relative à une subvention due par la ville et la créance de la ville concernant le paiement du personnel du théâtre, effectué par elle, à la place du directeur (66).

La jurisprudence n'est donc pas entièrement défavorable aux créanciers de l'Administration, du moins en ce qui concerne la compensation concernant les créances publiques autres que les créances d'impôt. Mais le juge judiciaire voulut aller plus loin. A propos du jeu de la compensation, autorisé en matière de dommages de guerre, il admit la compensation d'une indemnité non encore liquidée et d'une amende dûe pour contravention fiscale, affirmant, à cette occasion, que la loi de 1919 s'appliquait aux débiteurs de l'Etat « à quelque titre que ce soit » (67).

C'était aller trop loin et — malheureusement pour les bénéficiaires de la loi — l'Administraiton réagit. Elle fit valoir que de telles décisions amenaient à compenser des créances non encore liquidées et, par ce fait, conféraient au juge un rôle d'administrateur qui n'était pas le sien, et qu'en outre, l'examen des travaux préparatoires révélait que le législateur n'avait pas voulu assimiler l'Etat à un débiteur civil. Par ailleurs, il était anormal d'accordre la compensation à l'égard d'impôts qui, en définitive, étaient payés non par le demandeur, mais par les consommateurs. Aussi, l'Administration n'admit à la compensation que les contributions directes établies sur un rôle nominatif et taxes assimilées, et les droits de mutation à titre gratuit entre vifs ou par décès : en somme, les impôts demeurant à la charge du contribuable. Les tribunaux judiciaires maintinrent leur point de vue, mais l'article 6 de la loi du 18 juillet 1923, confirma les pratiques administratives qui eurent gain de cause, démentant ainsi que toute créance publique put être compensée.

3° *Signification de la jurisprudence. — Fondement de l'interdiction de la compensation en droit public.*

Il semble donc que la jurisprudence interdise la compensation à l'égard des créances d'impôt — sauf permission expresse et limitative de la loi — pour l'admettre à l'égard des autres créances publiques.

Cette distinction de la jurisprudence est soutenue par des auteurs anciens (68) en vertu de la destination d'utilité publique de la créance de l'impôt. Les Commissaires du Gouvernement expriment une idée analogue lorsqu'ils affirment : « La disposition de l'article 1289 est spéciale à l'ordre civil et doit rester étrangère aux contributions publiques, dont rien ne doit arrêter le paiement » (69) et « il s'agit d'éviter que le recouvrement d'un rôle rendu exécutoire par le Préfet soit arrêté par des créances privées ou particulières » (70).

Ainsi, la nature juridique de la créance d'impôt justifierait

---

(65) C. Cass. 19 mars 1811, *S.* 1811-1-311. C. Cass. 12 janvier 1841. *S.*, 1841-1-130 : de cette façon fut annulée la saisie-arrêt pratiquée par les créanciers de l'entrepreneur sur le prix dû par l'Etat.

(66) Aix 11 janvier 1899. *D.*, 1900-3-33.

(67) C. Paris 12 mai 1922. *S.* 1922-2-111.

(68) Merlin. Répertoire, V° Compensation, III-3-et les rédacteurs du code civil. Locré XII, p. 186.

(69) Commissaire du Gouvernement Wurtz. *C.E.*, 5 avril 1895.

(70) Commissaire du Gouvernement Valabrègue. *C.E.*, 10 janvier 1890.

l'exclusion de la compensation, l'utilité publique exigeant qu'aucune entrave ne soit mise à la rentrée immédiate de l'impôt. L'Etat n'est, d'ailleurs pas en la matière un créancier, au sens civiliste du mot (71), l'impôt lui permettant de subvenir aux services qu'il rend aux particuliers, non à titre individuel, mais à titre collectif.

Mais à tout bien considérer, cela conduit, non à justifier la jurisprudence, mais à condamner sa distinction, car toutes les recettes publiques ont, en tant que telles, une destination d'utilité publique et, en aucune occasion, l'Administration n'est jamais créancière « jure civili », sauf lorsqu'elle contracte expressément, suivant les règles du droit privé, c'est-à-dire lorsqu'elle perd sa qualité de puissance publique.

Aussi, a-t-on cherché un autre critérium, que l'on a cru pouvoir trouver dans les arrêts précités de la Cour de Cassation, en date du 12 janvier 1841, et la Cour d'Aix du 11 janvier 1899 : la compensation ne serait possible que lorsque l'Administration serait représentée comme créancière et débitrice par la même régie. C'est ainsi d'ailleurs que s'exprime Roussel (72) : « Les Administrations dstinctes doivent pouvoir être considérées comme des personnalités juridiques spéciales, donc comme sujets d'obligations distincts, empêchant l'admission d'une compensation » (73). Mais à cela, on peut objecter : d'une part, que la compensation a joué, alors que deux administrations étaient intéressées, tels le Ministère des Finances et celui des Régions Libérées, en ce qui concerne l'application de la loi du 17 avril 1919 — d'autre part, et surtout, que les régies n'ont pas la personnalité morale. Tout ce que l'on peut dire, c'est que, techniquement, l'opération est simplifiée au sein même d'une régie.

Quoiqu'il en soit, malgré une certaine jurisprudence et quelque désirable qu'il soit de pouvoir compenser les créances publiques autres que les créances d'impôt, nous ne croyons pas la compensation juridiquement possible.

Un pareil procédé se heurte aux règles budgétaires et financières : annualité du budget, interdiction de dépasser les crédits autorisés, crédits spéciaux à chaque chapitre, interdiction des virements de ministère à ministère. Par ailleurs, la compensation ne laisse aucune trace dans le chapitre des dépenses, oblige les comptables à faire des dépenses sur l'ordre des tribunaux et non sur ceux de l'autorité supérieure.

Mais beaucoup de ces règles sont aujourd'hui dépassées, pour ne pas dire oubliées, et l'on s'est toujours accordé à reconnaître que le contrôle parlementaire sur les dépenses publiques était totalement inefficace. Tout ce que l'on peut alors recommander, est de ne pas ajouter à l'anarchie financière.

Le véritable obstacle à la compensation paraît être dans la nature même des créances contre l'Etat qui ne possèdent pas de voies d'exécution sur les biens publics. Admettre la compensation revient à enjoindre d'ordonnancer, à reconnaître à la créance d'un particulier l'exigibilité, c'est-à-dire la possibilité de mettre en œuvre tous les moyens légaux pour aboutir à un paiement

(71) Jèze Principes généraux du droit administratif. T. 1, 2° édit. 1914, p. 16.

(72) Compensation et imputation en matière fiscale. *Thèse Lille* 1906, p. 100.

(73) Cf. aussi Nichet : Du jeu de la compensation dans les rapports des créanciers et débiteurs. *Thèse Montpellier* 1934, p. 116.

forcé, alors que le droit public n'admet pas de voies d'exécution contre l'Administration. On peut s'appuyer sur la jurisprudence civile qui ne fait pas jouer la compensation à l'égard des obligations naturelles, c'est-à-dire des obligations qui ne confèrent pas de moyens de contrainte contre le débiteur.

Affirmer que la compensation n'est pas un paiement forcé parce qu'un paiement ne se manifeste que par un maniement de deniers, est argumenter et non pas raisonner. Car, les effets sont les mêmes : la libération du débiteur, mais avec la compensation, sans son consentement. La compensation agit, en réalité, à la manière d'une saisie-arrêt ; or, nous savons que celle-ci ne peut être exercée sur les biens de l'Administration. En conclusion, la compensation qui, en dernière analyse, agit comme une voie d'exécution ne peut, à ce titre, être employée contre les pouvoirs publics, malgré les très grands avantages qu'elle présente pour leurs créanciers (74).

Le créancier de l'Administration est donc totalement démuni de voies d'exécution contre sa débitrice. Il ne trouve aucun secours dans le juge, la seule sanction de l'inexécution de la chose jugée se ramenant en définitive à un droit à indemnité. Mais même alors, la condamnation pécuniaire peut demeurer inefficace si l'Administration se refuse à effectuer le versement auquel elle est obligée, le justiciable n'ayant à sa disposition aucune voie d'exécution sur les biens des pouvoirs publics (75).

Cette dernière éventualité est assez rare pour avoir permis à M. Thiers d'affirmer que l'Etat devait être réputé honnête homme. Et il n'y a pas, en vérité, de possibilité d'agir autrement que de faire confiance à l'honnêteté de l'Administration.

Mais il n'est pas dit d'accorder cette confiance à ses agents. M. Thiers demandait que l'Administration fut présumée honnête, mais n'invoquait pas cette présomption en faveur des fonctionnaires. Or, pour reprendre une expression thomiste, si l'Etat « est », seuls ses fonctionnaires « existent » : donc, « ... puisque l'Administration n'agit que par l'intermédiaire des fonctionnaires, il est nécessaire de faire passer sur ceux-ci la menace d'une certanes responsabilité afin qu'ils prennent garde au bon fonctionnement du service dont ils ont la charge, et pour cela, il faut que le fonctionnaire se sente surveillé par les administrés » (76). Cette surveillance qui fait peser une menace directe sur les fonctionnaires, est en même temps une menace indirecte pour l'Administration qui risque d'être émue à la vue des actions en responsabilité dirigées contre ses agents, qui, organes moteurs des services publics, ne pourront qu'être enclins à en mieux assurer le fonctionnement.

---

(74) Geny n. au *S.* 1934-1-366 paraît admettre que la compensation étant une institution sui generis qu'on ne peut qu'arbitrairement assimiler à une voie d'exécution, son emploi est licite dès lors qu'il n'a pas pour but, sous prétexte de compensation, de réaliser le paiement forcé des dettes de l'Etat. Il y a là une recherche de l'intention du requérant qui semble bien délicate à effectuer.

(75) « L'indemnité pécuniaire, c'est encore une impasse ; si cette administration publique ne veut pas s'exécuter, n'oublions pas qu'il n'existe pas contre elle de voies d'exécution à la disposition du créancier, ni encore qu'il n'y a pas de sanctions ; et le détour de la responsabilité pécuniaire de l'Administration qui n'exécute pas la chose jugée ne ferait pas avancer la question ». Hauriou, n. sous Fabrègues, *S.* 1911-3-121.

(76) Dupeyroux : La responsabilité des fonctionnaires. *Thèse Paris* 1923, p. 21.

SOUS-TITRE II

LA CONTRAINTE SUR LES AGENTS DE L'ADMINISTRATION

CHAPITRE PREMIER

LA RESPONSABILITE CIVILE DES FONCTIONNAIRES ADMINISTRATIFS (1)

L'étude de la responsabilité des fonctionnaires ne nous intéresse que dans la mesure où elle a une incidence sur l'exécution par l'Administration de ses obligations de faire. La question est de savoir si, et comment, le manquement de l'agent à ses devoirs fonctionnels peut ouvrir au requérant un droit à indemnité. Il y a longtemps qu'est admis le principe de la responsabilité personnelle des agents publics : nous ne reviendrons pas là-dessus. Notre étude se propose surtout, de rechercher la fréquence ou la rareté de la mise en jeu de cette responsabilité, à propos des abstentions administratives. Aussi, examinerons-nous doctrine et jurisprudence par rapport aux deux attitudes possibles des fonctionnaires, qui intéressent notre sujet :

L'inexécution des obligations de faire,

L'inexécution de la chose jugée.

---

(1) Il convient de faire une place à part à la responsabilité des officiers d'état civil. Ceux-ci sont en effet seuls responsables selon les termes des articles 52, 57 et 1382 du Code Civil de tout fait de négligences entraînant un dommage pour les tiers, en ce qui concerne les registres et la rédaction des actes de l'état civil (Pau, 16 mai 1853, *S.* 1853-2-491. Poitiers 26 février 1908, *S.* 1909-2-17 n. Mestre, Douai 10 avril 1940, *S.*, 1941-2-39). L'Administration qui peut exercer sur les officiers d'état civil à l'occasion des actes de leurs fonctions des pouvoirs de suspension et de révocation (*C.E.*, 18 mars 1910 Falvelly 245), ne voit sa responsabilité engagée (et le contentieux, de judiciaire devient alors administratif) que s'il est allégué une faute de service qui a indirectement empêché les services d'état civil de fonctionner : telle une négligence dans le transfert de registres d'état civil ou dans la reconstitution d'actes de l'état civil. (*C.E.*, 30 janvier 1925 Compin 113, solution implicite).

Dès lors la faute personnelle de l'officier d'état civil n'est pas détachable de la fonction : elle est la faute de la fonction elle-même. L'Administration n'est pas responsable du fonctionnement défectueux des services de l'état civil. Il y a là un statut très spécial qui range dans une catégorie à part la responsabilité des officiers de l'état civil, qui ne peut être assimilée, ni à celle des fonctionnaires administratifs, ni à celle des fonctionnaires judiciaires.

SECTION 1. — L'INEXECUTION DES OBLIGATIONS DE FAIRE

SOUS-SECTION 1. — LA DOCTRINE

Aucun texte ne pose le principe de la responsabilité des fonctionnaires, qui n'est qu'un produit de la doctrine et de la jurisprudence. La loi du 19 octobre 1946 sur le statut des fonctionnaires (2) n'y fait qu'une allusion dans l'alinéa final de l'article 14, qui prévoit le cas où un fonctionnaire ayant été poursuivi par un tiers pour faute de service, la collectivité publique, qui a omis d'élever le conflit d'attributions, doit couvrir le fonctionnaire des condamnations civiles, prononcées contre lui (3).

Il n'est discuté par personne et il est enseigné par tous que la faute personnelle est cette faute détachable de l'exercice de la fonction publique, et révélatrice de l'homme avec toutes ses erreurs, faiblesses, etc... L'idée paraît à la fois exacte et imprécise. Car, il ne suffit pas de dire qu'est fait personnel l'acte « qui ne peut être confondu avec l'accomplissement, même irrégulier, d'un acte de la fonction » (4) ou qui n'est pas conforme au type d'acte habituel qui est donné par le fonctionnement normal des services publics (5) : c'est en effet reculer la solution du problème que de poser celui-ci par rapport à celui déjà délicat du fondement de la faute de service. Il reste à savoir en quoi consiste cet acte « accompli à l'occasion du service, mais cependant étranger au service » (6) et qui ne peut être confondu, ni avec un acte régulier de l'Administration, ni même nécessairement avec un acte irrégulier (7).

Cette faute personnelle peut se manifester si l'acte révèle, soit une intention mauvaise de l'agent public, soit une faute lourde consistant en une appréciation grossièrement erronée des faits qui ont motivé sa conduite ou de ses pouvoirs légaux, ou en une violation de la loi pénale (8). Il y aurait en sorte, un critère double : subjectif dans les deux premiers cas, objectif dans le troisième. Peut-on le réduire à l'unité ? Dans le sens de l'objectivité, il semble, malheureusement, que ce soit impossible, car dans la matière qui nous intéresse, cela dépend de la situation de fait du fonctionnaire : s'il s'agit d'une inexécution matérielle ou se trouve en présence de tous les cas de négligence qui nécessitent une appréciation subjective, alors qu'à priori, elle pourrait être objective s'il s'agissait d'un refus d'exécution d'un acte juridique.

L'inexécution juridique révèle aussi bien la faute personnelle que l'inexécution matérielle. Mais la révèle-t-elle automatiquement ? Toute inexécution d'une obligation de faire constitue-t-elle en tant que telle, une faute personnelle ?

Il semble bien que non, si, comme le regretté professeur Dupeyroux, nous définissons la faute personnelle relativement à celle du service, la première n'étant que ce que n'est pas la

---

(2) Commnetaire par Fr. Gazier, *D.*, 1947 L. 177.

(3) C'est la reproduction de l'article 24 du statut des fonctionnaires édicté en 1941 par le Gouvernement du Maréchal Pétain. L'application pratique de cette disposition sera probablement restreinte : cf. sur ce point Marcel Martin *D. C.* 1942-54-1° col.

(4) Barthélémy : Traité élémentaire de droit administratif 9° édit, p. 75.

(5) Hauriou. Précis de droit administratif, p. 94.

(6) Duguit: Traité de droit constitutionnel T. 1., p. 549.

(7) Cf. Dyvanach: La responsabilité civile des fonctionnaires en droit français. *Thèse Rennes* 1935.

(8) Cf. Jèze. *R.D.P.*, 1909, 274.

seconde, donc subjective puisque la faute de service est un manquement objectif à la règle qui domine le fonctionnement du service (9).

Mais, même sans utiliser cette comparaison, car il est discutable que la faute du service soit objective, on est obligé d'admettre le critère subjectif, si l'on considère le fonctionnement complexe de l'Administration.

La fonction publique subvient à la fois aux intérêts publics et privés. Le fonctionnaire ne l'exerce pas à son profit, et il a le devoir juridique de ne pas la compromettre, par intérêt personnel, ignorance, négligence ou mauvais vouloir. Mais, en tant que tels, son abstention, son refus de prendre une décision ou de l'exécuter ne constituent pas nécessairement le refus d'exercer sa fonction, refus qui est répréhensible en soi, puisque le fonctionnaire n'a, comme tel, d'existence juridique que dans la mesure où il remplit sa fonction, mais qui peut ne pas l'être toujours, un pareil refus, une semblable abstention pouvant, suivant les cas, être un exercice de la fonction.

La preuve en est que le législateur a prévu des hypothèses où il n'y a violation de son devoir juridique par le fonctionnaire que lorsqu'il n'a pas répondu à une mise en demeure : article 218 Code de Justice Militaire en ce qui concerne le refus d'obéissance des militaires, article 506 du Code de Procédure civile, article 119 du Code Pénal.

Par ailleurs et d'une façon générale, il ne peut y avoir de faute personnelle, lorsque l'agent public exerce un pouvoir discrétionnaire.

Toute la question est de savoir si cette faute existe lorsque la compétence est liée. M. Jèze répond par l'affirmative (10). Il y aurait faute personnelle toutes les fois que le fonctionnaire se refuserait à faire l'acte exigé par la loi. C'est là revenir sans le dire à un critère objectif : or, l'agent peut avoir commis une erreur de bonne foi, sans intention de nuire, ni même sans se tromper grossièrement, si l'interprétation du texte était délicate.

La consultation de la jurisprudence nous apportera la preuve que la nature de la faute personnelle est essentiellement subjective et qu'aucun automatisme ne la déclanche, principalement quand il s'agit du refus de prendre une décision qui, légalement, doit être prise.

Sous-Section 2. — La jurisprudence

Depuis le décret des 19-21 septembre 1870, les poursuites contre les fonctionnaires sont libres, sauf la nécessité, parfois, de voir trancher par le Tribunal des Conflits, la question de savoir s'il s'agit d'une faute personnelle ou d'une faute de service.

Certains ont vu là une résurrection de la garantie que l'article 75 de la Constitution de l'an VIII offrait au fonctionnaire. Juridiquement, cela ne peut pas se soutenir. Pratiquement, cette procédure a, en ce qui concerne notre sujet, des effets semblables à ceux qu'entrainait l'article 75.

---

(9) Dupeyroux : La responsabilité des fonctionnaires. *Thèse Paris* 1923, p. 218-219.

(10) *R.D.P.* 1905 p. 764. *R.D.P.* 1911, p. 663.

§ 1er. — *La jurisprudence du Conseil d'Etat en matière d'autorisation de poursuivre les fonctionnaires administratifs.*

Nous ne traiterons pas des autorisations de poursuivre, accordées à fins pénales, à raison des faits positifs, commis par les fonctionnaires : meurtre, assassinat, concussion, faux, malversation coups et blessures voies de fait vol, détention et arrestation arbitraire, diffamation, outrages publics... De 1820 à 1825, les autorisations furent généreusement accordées, pour se raréfier sérieusement par la suite : dans la totalité des cas que nous avons relevés, il ne s'agissait jamais d'abstention ou d'inaction des fonctionnaires, et les rares fois où il en était question, ces attitudes n'étaient qu'indirectement mises en cause, l'autorisation n'était accordée qu'à l'occasion du délit pénal (11).

En matière civile, l'abstention, l'inaction ou le refus d'exécution du service public ont été fréquemment invoqués devant le Conseil d'Etat, mais celui-ci a presque toujours protégé en ces matières, les fonctionnaires. Cela laissait les requérants particulièrement désarmés, le Conseil d'Etat, considérant par ailleurs, que ses autorisations ou refus d'autorisation de poursuivre, étaient des actes d'administration insusceptibles de recours contentieux (12). Parfois, ces refus d'autorisation se fondaient sur des arguments juridiques : l'acte incriminé était justifié par la légitime défense, l'ordre de l'autorité supérieure ou des nécessités de police — il n'y avait ni plainte déposée, ni instruction commencée, ni avis favorable du Parquet. Ou bien le Conseil d'Etat déclarait qu'il n'y avait pas lieu de statuer, l'autorisation n'étant pas nécessaire pour poursuivre un fonctionnaire de l'ordre judiciaire — l'acte incriminé n'avait pas été commis dans l'exercice des fonctions.

Mais il arrivait souvent au Conseil d'Etat d'abriter son refus sous des motifs de pure opportunité : il considérait parfois que le prononcé d'une peine administrative était suffisant et dédommageait à l'avance les tiers lésés (13). Le plus généralement, il se contentait de fonder son refus sur une prétendue insuffisance des motifs de la poursuite, qu'il se gardait bien, d'ailleurs, d'analyser (14).

Aussi, n'est-il pas étonnant de constater dans les tout débuts de la jurisprudence du Conseil d'Etat, combien les abstentions et les inactions étaient peu réprimées, puisque l'autorisation de poursuivre était refusée à la fois contre les actes matériels d'inexécution — peu importait que la négligence fut grave, si en fait, elle était très répandue (15), que le défaut de surveillance des subordonnés constituat bien une négligence, car cela était tout juste susceptible d'une mesure administrative (16) — et contre

---

(11) *C.E.*, 31 janvier 1838. Berches 62 : autorisation de poursuivre accordée contre un garde forestier qui avait reçu des sommes d'argent pour s'abstenir de constater des déilts.

(12) *C.E.*, 21 octobre 1831. Bellanger 440 : rejet d'une requête civile contre un refus d'autorisation.

(13) *C.E.*, 8 août 1821 Martin. *C.E.*, 5 septembre 1821 Morand.

(14) Les arrêts sont en la matière légion ; il suffit de se reporter aux tables du Recueil des arrêts du Conseil d'Etat.

(15) *C.E.*, 18 décembre 1819.

(16) *C.E.*, 19 décembre 1821 Heitz et Spong 581. *C.E.*, 22 mai 1822 Vachié p. 558.

des actes juridiques : refus d'autoriser une représentation théâtrale (17).

Durant cette première période, une décision du Conseil d'Etat peut être relevée, autorisant une poursuite pour un fait d'inaction : il s'agissait d'un Maire qui, en cette qualité, avait reçu une somme d'argent et ne l'avait, parait-il, pas remise à son destinataire (18). Mais plus qu'une faute d'abstention, on peut voir là un délit d'abus de confiance ou un manquement aux obligations du dépositaire.

Sous les règnes de Louis XVIII et Charles X, d'une façon générale, les autorisations de poursuivre furent parcimonieusement accordées. Il fallut attendre les années 1839-1840 pour assister à un retour du Conseil d'Etat plus courageux, en face des pouvoirs publics. Aussi, un temps, les demandes d'autorisation de poursuivre, se firent-elles plus nombreuses, jusqu'à l'établissement de la IIme République pour décroitre à nouveau sous le IIme Empire, régime très protecteur de ses fonctionnaires.

Mais il est extrêmement curieux de noter que les autorisations étaient rarement accordées en matière d'inaction, d'abstention ou de refus d'exécution. Sur un total de quelques 1902 demandes d'autorisation de poursuivre, il y eut 213 non lieu à statuer, 591 furent accordées et 1098 repoussées : de plus, sur les 591 autorisations de poursuivre, 6 seulement furent accordées à propos de faits d'abstention, alors que l'on pouvait compter 48 refus d'autorisation de poursuivre pour les mêmes matières (19). Parmi les 6 autorisations de poursuivre, il s'agissait, en 1842 et 1865 d'une demande en réparation pour refus d'exécution de service légalement du, en 1855, d'une exécution de contrat ; en 1856 et 1869, de négligences.

Si l'on examine maintenant les refus d'autorisation de poursuivre, on s'aperçoit que s'ils sont quelquefois prononcés relativement à des négligences et des omisisons, ils le sont très souvent en ce qui concerne des refus d'exécution du service légalement dû.

Parmi les premiers, on peut citer l'arrêt Briou, du 3 avril 1841, un arrêt de 1844 (remise tardive d'une lettre), un arrêt de 1845 et un arrêt de 1849 (omission d'un nom sur la liste de tirage au sort), un arrêt de 1852 (retard dans la distribution de lettres), deux arrêts de 1853 (négligences dans l'exercice des fonctions), un arrêt de 1854 (tolérance coupable de délits forestiers), un arrêt de 1860 (négligence dans l'exercice des fonctions), un arrêt de 1861 et un autre en 1862 visant aussi des faits de négligences, de même qu'en 1864 (deux refus d'autorisation de poursuivre des membres du personnel pénitentiaire, coupables d'avoir favorisé des évasions par leur négligence). Deux arrêts identiques en 1866 (négligence d'un gardien de prison, inexécution de travaux publics par un Maire) ; un arrêt de 1867, relatif à une évasion due à la négligence ; un arrêt en 1866 (retard dans la distribution des lettres).

Les arrêts de la seconde catégorie refusant d'autoriser des poursuites à fins civiles contre un fonctionnaire ayant refusé de prendre une décision que la loi ou les règlements exigeaient qu'il

---

(17) *C.E.*, 12 février 1823 Lerebours 71.

(18) *C.E.*, 19 mars 1823 Joualle, p. 195.

(19) Nous n'avons pas cru devoir renvoyer au Recueil Lebon pour chacun des arrêts, cités à la fin de chaque volume annuel où une table est spécialement consacrée aux autorisation de poursuivre.

prit, sont très nombreux — ainsi, en 1841 et 1842, on se trouve en présence de quatre arrêts du Conseil d'Etat refusant l'autorisation de poursuivre, alors même que le service était légalement dû); en 1846, il s'agira d'un refus de communiquer le cadastre et le registre des délibérations du Conseil Municipal ; en 1851, d'un refus de certificat de moralité ; en 1853, d'une retention du permis de chasse ; en 1857, d'un refus de délivrance d'expédition d'arrêtés municipaux ; en 1858, d'un refus de légalisation de signature ; en 1860, d'un refus de verbaliser ; en 1861, d'un refus de communiquer les archives municipales ; en 1862, d'un refus de recevoir l'inscription d'un enfant dans une école primaire ; en 1863, d'un refus de recevoir une déclaration de naissance ; en 1864, d'un refus de certificat de moralité ; en 1865, encore d'un refus de certificat de moralité et d'un refus d'inscription sur les listes électorales ; en 1867 et 1868, deux nouveaux refus de cartificat de moralité et un refus de légalisation de signature.

A côté de ces arrêts on peut citer des décisions relatives à l'inexécution d'un contrat, au refus d'un paiement légalement dû : dans toutes ces circonstances, la politique du Conseil d'Etat est la même et consiste à refuser toute autorisation de poursuivre. L'abstention des fonctionnaires est ainsi davantage protégée que leur action.

§ 2. — *La jurisprudence depuis l'abrogation de l'article* 75.

Si les poursuites exercées contre les fonctionnaires à raison de leurs fautes personnelles sont aujourd'hui libres, il n'en reste pas moins qu'il est nécessaire de se prononcer sur les caractères de cette faute, tâche qui incombe au Tribunal des Conflits, qui, ayant à décider sur la compétence des ordres de juridiction, décide, somme toute au fond, la faute personnelle déterminant la compétence judiciaire, et la faute de service, la compétence administrative. On a prétendu qu'il y avait là une sorte de résurrection de l'ancienne garantie des fonctionnaires. Juridiquement, il apparaît cependant que les procédés sont différents, le Tribunal des Conflits n'étant pas toujours nécessairement saisi. Mais, pratiquement, le Tribunal des Conflits et même les Tribunaux judiciaires, ont adopté en la matière de l'inexécution des obligations de faire, une attitude semblable à celle du Conseil d'Etat : la faute personnelle consistant en un refus d'exécution d'un service légalement dû et très rarement sanctionnée, alors que les inexécutionc matérielles ou négligences le sont plus souvent, encore que cela n'atteigne pas, et de loin, la répression des fautes personnelles positives (20).

La responsabilité personnelle des fonctionnaires peut être mise en jeu à divers titres : la sanction parlementaire menace les Ministres, la sanction électorale, les fonctionnaires élus. Mais la première n'est pas mise en mouvement par les simples particuliers, et la seconde se manifeste beaucoup trop tardivement, et rarement, pour ne pas dire jamais, à l'occasion d'actes précis :

(20) Tous les arrêts relatifs à la responsabilité personnelle des fonctionnaires n'étant pas rapportés dans les recueils de jurisprudence au contraire de ce qui était fait dans les tables du Lebon en ce qui concerne les autorisations de poursuivre, il ne nous sera possible que de dégager une impression d'ensemble, que nous espérons présenter aussi objectivement que possible.

la bataille électorale se joue autour de questions de personne ou de politique générale.

Il arrive souvent que les autorités supérieures sanctionnent disciplinairement les inactions et les abstentions des subordonnés : nous verrons ultérieurement si les administrés peuvent provoquer des mesures disciplinaires. La responsabilité que nous allons étudier est uniquement la responsabilité civile pour faute personnelle d'inaction ou d'abstention. Cette faute se manifestera tant en raison d'inexécution matérielle qu'en raison de refus de services légalement dûs. Nous examinerons successivement ces deux aspects du problème.

1° *Les négligences :*

Les inexécutions matérielles ou négligences sont assez fréquemment sanctionnées. Mais il semble qu'une faute lourde ou particulièrement grâve soit exigée.

C'est ainsi qu'on ne peut relever une faute personnelle à l'encontre d'un médecin militaire dans une erreur de diagnostic (21), tandis que des défauts de soins ayant entrainé la mort d'un soldat, ou un refus de soins, suivi de l'ordre de jeter en prison un soldat qui, cependant, souffrait d'une fièvre violente, constituent ce que la Cour de Cassation appelle « une négligence caractérisée » (22).

Parfois la faute est appréciée en fonction de l'obligation de diligence que les textes imposent aux autorités : le Tribunal des Conflits, à ce titre, a vu une faute personnelle dans l'acte d'un Président du Conseil de Revision qui avait négligé de s'assurer, malgré les recommandations de la loi du 15 juillet 1872, si le nombre des numéros déposés dans l'urne était égal à celui des jeunes gens appelés (23). De même, est personnellement responsable le Maire qui, n'utilisant pas son pouvoir hiérarchique, laisse insérer dans les délibérations du Conseil Municipal des qualifications outrageantes et des imputations de détournement de deniers publics (24). Mais ce serait une erreur de croire que la faute personnelle se manifeste essentiellement par l'énormité du dommage : c'est, en effet, une faute de service qui a été vue dans le défaut de surveillance d'ingénieurs et conducteurs des Ponts et Chaussées, qui avait eu pour conséquence l'écroulement d'un pont (25).

C'est la faute et non le dommage qui est envisagé. Souvent, ainsi que nous l'avons dit, les tribunaux prononcent le nom de faute lourde ou caractérisée : quelquefois, cela peut être induit des faits de la cause, relevés dans les motifs. Mais au fond, qu'est-ce que la faute lourde, comment se déterminent les juges ? Force est bien d'admettre que le juriste ne peut percer leur intime conviction, car l'examen des décisions rendues sur des considérations de fait, est décevant :

---

(21) Req. 20 janvier 1926, *S.* 1926-1-101.

(22) Cass. cv. 3 février 1922 Fontenac, 12 juin 1923, *D.* 1926-1-232.

(23) *T.C.* 19 novembre 1881 Bouhier 918, concl. Chaute-Grellet. Depuis la réorganisation des Conseils de Révision par la loi du 21 mars 1905, le Conseil d'Etat attribue à ces organismes le caractère juridictionnel et non plus administratif (*C.E.*, 4 mai 1917. Manguin, *S.* 1923-3-43). Mais en raison de la date de l'arrêt Bouhier, il paraît difficile d'y voir une consécration de la faute personnelle des juges administratifs : sur cette question v. *supra*, p. 353.

(24) *T.C.*, 13 décembre 1879 Anduze 806.

(25) *T.C.*, 31 juillet 1875 Pradines 765. *T.C.*, 31 juillet 1886 Coley 689.

En effet, si une faute personnelle est bien relevée à l'encontre d'un agent voyer, qui dirigeant des travaux, a fait preuve d'incurie, a négligé les mesures de précaution d'usage, ne se rendant pas sur le chantier qu'il devait surveiller, manquements qui ont abouti à l'effondrement d'un immeuble, blessant et tuant plusieurs personnes (26) — ou à l'encontre d'un cantonnier qui avait omis d'éclairer une tranchée ouverte, ce qui avait occasionné un accident mortel (27), — des faits semblables sont, en d'autres circonstances, appréciés comme constituant des fautes se service (28).

On ne peut dire qu'il y a faute lourde là ou il y a faute pénale grave (homicide par exemple) puisque sur ce point l'arrêt Pradines (29) dément l'arrêt Prévost (30). La faute pénale n'entraine donc pas nécessairement la responsabilité personnelle du fonctionnaire. Ceci n'a d'ailleurs rien que de normal, puisque le plus souvent, ce que les textes pénaux visent essentiellement à réprimer, c'est l'infraction en tant que telle et non les actes du fonctionnaire qui en sont la conséquence, mais qui, comme tels, ne sont pas nécessairement délictueux.

Le plus souvent, cependant, une infraction pénale intentionnellement commise constituera une faute personnelle. Mais il y aura un acte positif du fonctionnaire : or, ce qui nous intéresse ce sont les abstentions des agents publics, qui en matière pénale, sont représentés par les divers délits d'imprudence ou de négligence parmi lesquels on peut citer comme les plus caractéristiques, les délits d'homicide par imprudence et de blessures involontaires.

L'examen de la jurisprudence révèle que ces infractions ne constituent pas nécessairement des fautes personnelles. Car, si de telles fautes ont été aperçues dans le défaut de soins accordés à une malade débarquée dans un port et hospitalisée dans un lazareth, parce que suspectée de fièvre jaune, alors qu'elle était simplement dans un état de grossesse avancée, dont on s'était refusé à tenir compte (31) — ou dans le fait d'avoir interné dans un asile d'aliénés une autre personne que l'individu atteint d'aliénation mentale (32) — il n'en a plus été de même dans d'autres hypothèses où cependant l'infraction pénale était aussi criante : ainsi, on n'a pas retenu une faute personnelle à l'encontre d'un moniteur militaire qui, au cours d'un exercice, avait blessé un élève en lançant un disque, et à ce titre, avait commis le délit de blessures involontaires, alors même qu'il était allégué que les mesures de protection avaient été insuffisantes (33) — non plus que, dans l'acte d'un pontier qui, dans la manœuvre d'une écluse, n'avait pas pris les mesures nécessaires qui auraient évité un accident mortel, et qui, de ce fait, avait été condamné pour homicide par imprudence (34).

---

(26) Cass. Crim. 23 mars 1917. *S.*, 1921-1-328.
(27) *T.C.*, 2 mai 1914 Provost. *D.*, 1921-1-17 n. Appleton.
(28) *T.C.*, 8 août 1891 Mourot 621. *T.C.*, 15 décembre 1926 Gaillard *S.*, 1928-3-4.
(29) V. n. 25, p. 451.
(30) V. n. 27, p. 452.
(31) 31 *T.C.* 15 mars 1902 Mascaras, *D.*, 1903-3-93.
(32) Montpellier, 14 janvier 1903, *D.*, 1906-2-273.
(33) *T.C.*, 27 février 1933 C° Assurances Rhin et Moselle, *D.*, 1933-3-41 n Appleton.
(34) Douai, 4 mars 1935 Dame Suez, *D.*, 1936-3-51, n. critique Waline.

Si donc, l'incrimination pénale ne peut nous fournir un critère, il faut nous rabattre sur la responsabilité civile proprement dite, à titre principal et non plus subsidiaire, d'autant plus que, si une infraction pénale ne constitue pas nécessairement une faute personnelle, celle-ci appartient par ailleurs à la catégorie des quasi-délits civils, bien plus large que celle des délits pénaux. Or, l'interprète ne peut que rester perplexe : le défaut de remise de lettre à son destinataire constitue une faute personnelle (35), mais non pas le défaut de réexpédition de télégramme dont le destinataire était absent (36), non plus que le retard dans la remise d'une dépêche (37). Si l'erreur commise sur le destinataire dans la remise d'une lettre peut constituer une faute personnelle (38), il peut n'en être pas toujours ainsi (39).

Quelquefois, les circonstances de l'affaire permettant de déceler la faute lourde : ainsi une rixe entre employés des postes qui a empêché la remise d'une lettre (40). Mais, si l'arrêt Hevin (41) précise que le fonctionnaire n'est pas personnellement responsable, parce que son abstention n'est pas due à un sentiment de malveillance, l'arrêt Rimbaud (42), qui met en jeu cette responsabilité personnelle, ne relève cependant aucune intention mauvaise chez le fonctionnaire. Celle-ci, par conséquent, n'est pas le signe distinctif de la faute personnelle : car l'animosité peut aller de pair avec le bon fonctionnement du service, la légalité n'ayant que faire des bons ou mauvais sentiments. Reste alors la faute lourde que nous nous reconnaissons incapables de définir, laissant ce soin à l'humeur et à la conscience du juge.

2° *Le refus du service légalement dû.*

Si, abandonnant le point de vue des inexécutions matérielles, où nous avons vu que la faute personnelle était souvent prise en considération, quoique fondée sur la notion assez imprécise de faute lourde, nous considérons celui du refus d'exécution des services légalement dûs, nous voyons que la responsabilité des fonctionnaires est très rarement mis en cause et que le concept de faute lourde paraît ne plus jouer aucun rôle, ce qui détruit en l'espèce tout essai de systématisation relatif à la faute personnelle d'abstention.

Pour que la question puisse se poser, il faut évidemment que le fonctionnaire ne jouisse d'aucun pouvoir discrétionnaire : si les particuliers ne réunissent pas les conditons voulues pour obtenir la prestation du service, le refus de celle-ci est parfaitement régulier, et le fonctionnaire ne peut être mis en cause (43).

Si les conditions relatives à l'obtention des prestations du service sont réunies, si la compétence de l'Administrateur est

---

(35) *T.C.*, 7 juin 1873 Godard.
(36) *T.C.*, 6 mars 1914 Monille, *S.*, 1920-3-80.
(37) *T.C.*, 24 janvier 1906 Dlle Sureau, *S.*, 1908-3-61.
(38) *T.C.*, 14 juillet 1874 Rimbaud, 644.
(39) *T.C.*, 8 juin 1907 Hevin, *S.*, 1909-3-113. Cass. cv. 8 juillet 1913 Martel. *S.*, 1913-1-568.
(40) Cass. cv. 3 janvier 1876. *S.*, 1876-1-113.
(41) V. n. 39.
(42) V. n. 38.
(43) *T.C.*, 3 décembre 1892 Chabraud 864 : Le refus par un receveur buraliste de délivrer un acquit à caution à un commerçant dès lors que celui-ci ne remplit pas les conditions nécessaires pour l'exiger, ne constitue pas une faute personnelle.

en l'espèce absolument liée, la responsabilité personnelle du fonctionnaire ne jouera pas cependant, et loin de là, de façon automatique. On peut même affirmer qu'il existe une sorte de quasi irresponsabilité en fait.

Ainsi, ne constituent pas une faute personnelle le refus d'un Maire d'afficher immédiatement la déclaration d'ouverture d'une école libre (44) et le refus d'un adjoint de recevoir la déclaration d'ouverture d'une école libre : refus justifié une première fois, pour raisons d'insalubrité, mais qui ne l'était plus, une fois les réparations effectuées ; or, le Tribunal des Conflits décide qu'il n'y a pas faute personnelle, même s'il y a eu violation de la loi du 15 mars 1850 et du décret du 7 octobre 1850, textes qui imposent cependant aux particuliers de faire cette déclaration et aux fonctionnaires de la recevoir (45).

L'attitude de la jurisprudence est la même en ce qui concerne les refus des Maires de délivrer des certificats de bonne vie et mœurs, refus qui, en certaines occasions, causent un réel préjudice quand ils empêchent, par exemple, un entrepreneur de soumissionner un travail public (46). Le Tribunal des Conflits se contente de dire qu'il y a là un acte d'administration et que le Maire, agissant comme représentant du pouvoir central, le requérant n'avait qu'à faire un recours hiérarchique au Préfet (47). C'est là créer de toutes pièces une procédure que la loi ne prévoit pas, et encore une occasion de lenteurs administratives : rien par ailleurs, ne permet d'affirmer qu'après le recours au Préfet, il aurait été alors possible de faire constater la faute personnelle.

C'est toujours le même état d'esprit qui ne veut pas voir une faute personnelle dans le refus du Maire de légaliser les signatures d'une pétition à adresser aux Chambres (48), de délivrer un certificat qui aurait permis au requérant de faire conduire ses bestiaux au marché par temps d'épizootie (49), de répondre à une demande d'alignement (50), de communiquer aux électeurs copie des inscriptions et radiations opérées par la Commission de révision des listes électorales (51), non plus que dans l'acte du Préfet, qui interdit à tort au greffier d'un Conseil de Préfecture de communiquer à un Conseiller municipal plaidant sur une élection, l'expédition de l'enquête à laquelle il a été procédé (52). Moins la compétence paraîtra liée, plus la responsabilité personnelle sera quasiment impossible à mettre en cause : c'est ainsi que le refus d'admettre un commerçant à une adjudication, sera considéré comme une faute de service (53), comme le refus d'un Président de bureau de vote d'admettre, en tant qu'assesseur, un Conseiller municipal inscrit dans une autre section et d'inscrire au procès-verbal sa protestation, bien que l'article 16 du décret

---

(44) T.C., 17 janvier 1880 Pineau.
(45) *T.C.*, 11 décembre 1880 Marty, 1001, *D.* 1882-3-56.
(46) *T.C.*, 10 avril 1880, Gorry 357.
(47) Arrêt Gorry précité. *T.C.*, 6 juin 1897 Préfet de l'Aisne 49.
(48) *T.C.*, 13 décembre 1879 de la Frégolière 808.
(49) *T.C.*, 2 mars 1901 Fournier.
(50) Cass. cv. 9 mai 1893 Gorsse. *D.* 1893-1-524. *R.C.* 24 décembre 1904 Soufflet *D.*, 1906-3-58.
(51) Cv. 30 novembre 1914 Rouanet *D.* 1917-1-92.
(52) *T.C.*, 23 novembre 1878 de Parcevaux.
(53) *T.C.*, 12 décembre 1908 Garenne, *S.* 1911-3-32.

du 12 février 1852 paraisse lui en faire une obligation (54), et comme enfin la décision d'un Président de bureau de vote, justifiée, semble-t-il, par ses pouvoirs de police, refusant l'accès de l'urne à un électeur paralytique et septuagénaire (55).

L'inobservation du principe du droit égal de tous au fonctionnement des services publics, pour les mêmes motifs, ne crée pas nécessairement une responsabilité personnelle à la charge du fonctionnaire : le refus de l'autorisation de colportage à certains journaux, alors que d'autres l'avaient obtenue, quoique contrevenant au principe fondamental d'égalité et aux lois du 27 juillet 1849, article 6 et du 29 décembre 1875, article 3, ne constitue pas pour le Tribunal des Conflits une faute personnelle du Préfet auteur du refus (58).

Cette jurisprudence, très stricte, a cependant parfois ému l'opinion et le pouvoir législatif s'est efforcé de pallier à ses conséquences.

A la suite de l'arrêt Cunéo d'Ornano (57) dans lequel le Tribunal des Conflits refusait de voir une faute personnelle d'un Maire dans son refus de délivrer à des vendeurs de journaux le récépissé de la déplaration, faite conformément à l'article 1, § 2 de la loi du 17 février 1880, de leur intention de vendre ces journaux, les Chambres, qui étaient en train de discuter la future loi de 1881 sur la presse, décidèrent que le refus du Maire, refus constaté, voudrait autorisation au regard de la loi pénale, sans préjudice de la responsabilité personnelle de son auteur.

En définitive, le refus en tant que tel de service légalement dû, ne constitue pas une faute personnelle du fonctionnaire responsable du refus : si l'on en croit la jurisprudence, cette faute n'existe que si le refus révèle une intention de nuire.

C'est ainsi que l'on voit un Maire condamné à des dommages et intérêts, non pas tant pour avoir refusé un certificat de vendange que pour l'avoir ensuite établi, mais en réduisant les quantités indiquées (58). La même sanction frappe un Maire breton aux sentiments « antilaïques » qui avait refusé de laisser inhumer un suicidé non enterré religieusement, ailleurs que dans la partie du cimetière réservée à ceux à qui la sépulture religieuse n'avait pas été accordée et communément appelée « le coin aux chiens » (59).

La même intention de nuire peut être retrouvée dans l'arrêt Antonetti (60) où est admise la faute personnelle d'un surveillant d'une station d'étalons qui avait refusé la fourniture de fourrages achetée, dont il avait cependant agréé un échantillon, et dans un arrêt de la Cour de Bourges (61), qui rend personnellement responsable un Maire qui avait refusé un permis de circuler à un négociant en céréales sous prétexte qu'il ne s'occupait pas de ce commerce, alors qu'il l'avait précédemment (et injustement) dénoncé au Parquet pour non déclaration de stocks d'avoine.

---

(54) *T.C.*, 29 novembre 1890 Boger 894.
(55) Cass. cv. 11 juin 1912. *D.*, 1914-1-110.
(56) *T.C.*, 12 janvier 1878 Hébrard, *S.* 1879-2-344.
(57) *T.C.*, 21 mai 1881. *D.* 1882-3-57.
(58) Cass. cv., 26 mai 1897 Marcouf. *D.*, 1897-1-578.
(59) Rennes, 13 décembre 1904 Le Partz, *S.* 1905-2-76.
(60) *T.C.*, 11 décembre 1909, 982.
(61) 13 février 1920, *G.P.*, 1920-1-225.

Il semble donc bien que l'intention de nuire permette de déceler la faute personnelle dans les refus de service légalement dû : le plus souvent, les tribunaux relèvent formellement cette intention de nuire (62). Parfois, il leur arrive de la qualifier de faute lourde ou grave : mais on peut voir aors qu'il ressort des circonstances de l'affaire que, par exemple, le refus de légaliser une signature, non sanctionné en tant que tel, l'avait été parce que le Maire avait apposé sur la pièce à lui présentée, une attestation contraire à la vérité, et qui ne pouvait que nuire au requérant qui demandait cette légalisation en vue de la constitution d'un dossier pour la Commission supérieure des bénéfices de guerre (63).

C'était d'ailleurs ce qu'affirmait l'arrêt Rouanet (64) qui relevait que le Maire ayant agi sans intention frauduleuse, ne pouvait être personnellement responsable. Il semble donc que la jurisprudence soit fixée en ce sens, et respecte le point de vue inauguré par l'arrêt Gounouilhou (65) selon lequel l'illégalité reprochée à un acte administratif ne le dépossède pas de ce caractère pour le faire dégénérer en un fait particulier, et à l'autorité administrative seule, il appartient d'examiner si ce reproche est fondé, formule qui correspond à peu près à celle que préconisait Laferrière (66) pour qui, « l'illégalité ou l'excès de pouvoir *n'avait pas pour effet nécessaire* de faire dégénérer la faute ou l'erreur qui aurait été commise en une faute personnelle, de laquelle seule *pouvait* résulter la responsabilité civile ».

La construction théorique de la responsabilité personnelle des fonctionnaires est en la matière de l'abstention d'effet pratiquement illusoire. Car, non seulement la théorie de la faute ne peut être déterminée par un critère unique et en admet deux : la faute lourde (difficile à définir) et l'intention de nuire, mais encore l'examen de la jurisprudence nous révèle que les fonctionnaires ainsi personnellement atteints — et rarement atteints — sont, pour la plupart, des fonctionnaires subalternes ou électifs (Maires), alors qu'il n'est pas possible de relever un seul cas ou l'abstention d'un haut fonctionnaire, Préfet ou Ministre, ait constitué une faute personnelle (67).

Cela est extrêmement choquant en ce qui concerne les Ministres qui n'ont à peu près jamais été traduits devant les tribunaux judiciaires (68), les justiciables sachant ce qui les atten-

---

(62) Commet ainsi une faute personnelle, le percepteur qui a refusé un mandat carte à lui adressé par un contribuable pour acquit de ses impositions, pour le motif que ce mandat ne contenait ni l'indication de la commune où le contribuable était imposé, ni le numéro du rôle, alors que le percepteur connaissait personnellement le contribuable, et avait déjà accepté qu'il acquittât ses impôts par le même procédé et sans fournir d'indications plus précises, ce qui dénotait qu'il n'avait agi que dans un but de « vexation ». Poitiers 31 janvier 1913, *S.* 1913-2-153.

(63) Dijon *G.P.* 20-21 mars 1927.

(64) V. *supra*, p. 454, n. 51.

(65) *T.C.*, 24 novembre 1877. *S.*, 1878-2-167.

(66) N. sous T.C. 16 décembre 1877 de Rousseau. *S.* 1877-2-307.

(67) V. par contre un cas de responasbilité personnelle d'un Préfet, mais à raison d'un acte positif. Trib. cv. Versailles 14 décembre 1934 de Bonnefoy-Sibour *S.*, 1935-2-68.

(68) V. dépendant *G.T.* 1er mars 1900 (Trib. Seine 28 février 1900 procès intenté par le journal « La Croix » contre le Ministre Millerand qu'il accusait de diffamation dans un de ses discours.

dait (69), étant donné qu'automatiquement les tribunaux judiciaires refusent de juger les Ministres en vertu du principe de la séparation des pouvoirs.

En notre matière des abstentions, cette jurisprudence eut à se manifester au début du XIX^me^ siècle et fit application du principe que nous venons d'énoncer : M. de Peyronnet, garde des Sceaux, avait mis deux ans à transmettre un pourvoi en cassation, qui alors, selon les termes de l'article 424 du Code d'Instruction criminelle, devait être transmis dans les 24 heures ; cette inertie avait eu pour effet d'envoyer en déportation deux forçats dont l'arrêt de condamnation fut ultérieurement cassé par la Cour de Cassation. Un recours fut alors formé contre M. de Peyronnet. La Cour de Paris, par un arrêt du 2 mars 1829, déclara que la séparation des pouvoirs s'opposait à ce qu'un Tribunal judiciaire condamnat un Ministre.

On était alors sous le régime de l'article 75, et depuis son abrogation, la responsabilité personnelle des Ministres devrait pouvoir être mise en œuvre. Mais, si l'on songe que le Tribunal des Conflits peut être appelé à se prononcer, et qu'en la matière, le partage des voix, très prévisible, donnera la présidence du Tribunal au Ministre de la Justice, conférant ainsi la majorité aux représentants de l'Administration, on peut légitimement supposer que les Ministres ne seront jamais personnellement responsables devant les particuliers.

Pourtant, l'injustice est criante, d'autant plus qu'il est impossible aux particuliers de se porter partie civile devant les juridictions d'exception jugeant les Ministres (70). On a souvent pensé établir une responsabilité civile spéciale : des propositions furent déposées à cet effet, mais restèrent à l'état de propositions (71). Si l'article 98 de la loi du 4 novembre 1848 posait le principe de la responsabilité civile, aucun texte d'application n'intervint. Si les chartes de 1814 et de 1830 déclaraient les Ministres responsables, elles oubliaient de préciser de quelle responsabilité il s'agissait.

Les lois du 25 février 1875, article 6, 24 février 1875, article 9 et 16 juillet 1875, article 12, distinguent bien à ce sujet le Président de la République et les Ministres qui sont responsables politiquement devant les Chambres, et individuellement de leurs actes personnels, ce qui signifie simplement qu'ils sont alors responsables pour leur faute personnelle « jure civili ». Ceci semble corroboré par le fait que l'Assemblée Nationale avait ratifié le décret du 19 septembre 1870, qui abrogeait l'article 75.

Les Ministres sont donc responsables selon le droit com-

---

(69) En octobre 1936 des poursuites furent intentées par la Fédération des Contribuables contre le Président du Conseil et le Ministre des Finances pour émission de titres dans des conditions frauduleuses : le juge d'instruction puis sur opposition la Chambre des mises en accusation refusèrent de donner suite aux poursuites, affirmant qu'il n'y avait pas faute personnelle. Découragée l'association plaignante se désista ensuite, après pourvoi en cassation.

(70) Haute-Cour de justice 28 janvier 1918 Malvy, *S.* 1920-3-33 n. Chavegrin, *D.* 1923 2-35, n. Safrut.

(71) Proposition Guichard 28 juin 1882 (J.O. 26 juin 1882 Annexe Ch. des Députés 1882, p. 1794 n° 1040), proposition Bozeriau 8 novembre 1894 (J.O. 8 novembre 1894 Annexe Ch. des Députés 1894 T. 2, p. 1480 annexe n° 963).

mun (72) : mais cette responsabilité personnelle ne sera jamais mise en œuvre, tant que subsisteront la procédure et l'organisation actuelle du Tribunal des Conflits.

En conséquence, du strict point de vue juridique, nous pouvons afirmer que les fautes personnelles d'abstention, ne sont réprimées que si elles constituent une négligence inexcusable, une faute grossière, ou sont révélatrices d'une intention de nuire lorsque le fonctionnaire refuse d'accomplir un service légalement dû.

Il semble bien que la jurisprudence ne changera pas ses conceptions. Un arrêt assez récent en donne un aperçu synthétique qui paraît confirmer nos dires. Nous le citons tout au long, car il est rédigé d'une manière aussi claire que précise :

« Attendu que si les tribunaux de l'ordre judiciaire sont bien compétents pour connaître des actions auxquelles peuvent donner lieu, des faits accomplis par un fonctionnaire dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions, c'est à la condition que ces faits constituent à la charge du fonctionnaire une faute personnelle distincte de l'acte administratif, autrement dit, une faute détachable de la fonction.

Attendu qu'aux termes de la jurisprudence, constitue une faute personnelle détachable de sa fonction, tout acte extra fonctionnel effectué par un fonctionnaire *dans son propre intérêt ou pour satisfaire ses passions ou ses rancunes ;* que constituent également une faute détachable, toute *négligence inexcusable, toute maladresse lourde, toute faute grossière, telle qu'elle fait présumer le dol,* ou encore *toute circonstance révélant une intention mauvaise* (73).

Sous-Section 3. — Les effets pratiques de la responsabilité des fonctionnaires

Tout ce que nous venons d'exposer peut se résumer en ceci, qu'en la matière des inerties, inactions, abstentions et refus d'action des fonctionnaires, il existe en fait une quasi irresponsabilité des fonctionnaires.

Le phénomène est aisément explicable : M. Dupeyroux (74) avait déjà remarqué que la responsabilité personnelle était très rarement mise en œuvre à l'occasion de l'émission d'actes juridiques ; notre étude de jurisprudence ne peut que confirmer ses dires. Le Tribunal des Conflits protège presque toujours et les Tribunaux judiciaires hésitent à condamner le fonctionnaire qui a illégalement refusé d'exercer une compétence obligatoire. Quelquefois, l'on fait valoir que l'interprétation des règlements étant chose délicate — même pour le juge — un erreur d'interprétation ne constitue pas fatalement une faute personnelle (75). Mais il est intéressant de noter que cette attitude restrictive correspond à celle qui exige une négligence caractérisée, lourde, pour être fautive. Car l'Administration sait que son inertie, ses lenteurs, ses atermoiements, constituent sa principale force : tapie dans son silence, elle espère se faire ignorer et lasser la patience des requé-

---

(72) C'est ce qu'affirme Trib. cv. Seine 28 février 1900 *G.T.* 1er mars 1900 p. 199 ; mais il dispose que des paroles outrageantes ne peuvent être retranchées d'un discours ministériel, leur appréciation devant entraîner celle de l'acte que le Ministre a accompli dans ses attributions fonctionnelles.

(73) C. Bordeaux 8 juin 1944. *D.*, 1945 J. 9.

(74) *Op. cit.*

(75) *T.C.*, 9 décembre 1899, Deyres, 729.

rants. Non seulement elle se protège, mais encore elle protège ses agents, et il n'est pas rare de voirle Conseil d'Etat annuler une décision par laquelle un Ministre refuse de faire connaître le nom d'un fonctionnaire poursuivi à titre personnel. L'arrêt le Gloahec est à ce sujet particulièrement typique (76) : le Conseil d'Etat a annulé le refus du Ministre des P. T. T. de faire connaître le nom d'un employé responsable de la non délivrance d'un télégramme au destinataire et qui avait ainsi agi en vue de nuire à celui-ci, afin de favoriser un entrepreneur concurrent. Le Ministre arguait de ce qu'une sanction disciplinaire — la seule possible prétendait-il — avait déjà été prise ; le Conseil d'Etat motiva son annulation sur ce que le Ministre ne pouvait ainsi empêcher une action judiciaire pour faute personnelle.

Nous avons vu, en outre, que la jurisprudence protégeait systématiquement les hauts fonctionnaires : or, c'est à ceux-ci aux chefs de service et non aux exécutants, que s'adressent les administrés disireux d'obtenir le fonctionnement d'un service. Par ailleurs, les administrés n'ont pas psychologiquement la même attitude devant un acte négatif que devant un acte positif ; dans le second cas, on se trouve en présence du fait accompli et le but qu'on se propose est d'en limiter les effets par une annulation ou par une indemnisation — dans le premier cas, au contraire, les administrés cherchent avant tout à obtenir la prestation du service ; l'accomplissement de l'acte les intéresse plus que de punir le responsable de l'abstention.

La condamnation du fonctionnaire à une indemnité peut lui servir de leçon et de menace : cela n'équivaut pas moins à renoncer à obtenir l'exécution de son obligation fonctionnelle de faire. Sans compter qu'il n'est pas certain que l'indemnité reste à sa charge : la jurisprudence relative au cumul des responsabilités peut, si elle s'étend, nous réserver à cet égard bien des surprises ; et si les particuliers seront sûrs d'être indemnisés, ils sauront aussi que le fonctionnaire fautif n'est point atteint, l'Administration étant toujours libre d'exercer son action récursoire.

Mais il y a mieux — ou pire : il faut dénoncer vigoureusement les pratiques administratives qui consistent à dédommager sous une forme quelconque, (gratification par exemple) les fonctionnaires condamnés à titre personnel, et ce jusqu'à concurrence de l'indemnité dont ils sont débiteurs (77).

Ainsi serait rendue totalement inefficace la déjà maigre responsabilité personnelle des agents publics, et ne justifierait que trop l'opinion selon laquelle « la théorie du fait détachable est claire, simple, mais peu adaptée aux réalités » (78).

M. Dupeyroux estimait (79) que cette responsabilité devait être d'autant plus développée, que la répression disciplinaire l'était moins (80). On peut retourner la proposition et dire qu'il conviendrait vraisemblablement d'accorder aux administrés un droit de regard sur la répression disciplinaire dans la mesure où leur action devant les tribunaux judiciaires s'avère de plus en plus hasardeuse.

---

(76) *C.E.*, 7 juillet 1923, Le Gloahec 587.

(77) Rapport Caillaux J. O. 12 juillet 1898, p. 2069.

(78) Voisenet : La théorie de la faute lourde en droit privé. *Thèse Dijon* 1934, p. 386.

(79) *Op. cit.*, p. 77.

(80) Cf. Voisenet *op. cit.*, p. 386.

La meilleure preuve du peu de confiance accordée par les particuliers à la théorie de la faute personnelle, est que dans une matière où l'obligation est aussi claire et précise que celle de l'exécution de la chose jugée, personne, malgré les avis et propositions — contradictoires il est vrai — de la plus savante doctrine, n'a songé à demander à un fonctionnaire, devant les tribunaux judiciaires, réparation de l'inexécution de la chose jugée à l'encontre de l'Administration.

SECTION 2. — L'INEXECUTION DE LA CHOSE JUGEE

Sous-Section 1. — La notion de faute personnelle

C'est à propos de la célèbre affaire Fabrègues que le doyen Hauriou formula la théorie de la faute personnelle du fonctionnaire coupable de n'avoir pas exécuté la chose jugée à l'encontre de l'Administration. Il s'agissait d'un Maire qui s'obstinait à suspendre un garde champêtre de ses fonctions, après chaque arrêt de la Haute Juridiction, annulant ses arrêtés successifs de suspension.

La négligence, l'inertie, ou le mauvais vouloir de certains agents publics, surtout parmi les fonctionnaires locaux, poussés par des soucis de politique électorale ou des animosités personnelles, peuvent fort bien faire échec aux décisions du Conseil d'Etat qui, ne possédant ni pouvoir de réformation, ni pouvoir de substitution, ne peut qu'annuler un acte (avec la faculté du platonique renvoi pour ce que de droit) ou accorder une indemnité qui peut n'être qu'une preuve d'impuissance.

Ainsi, la doctrine a-t-elle proposé (81) de voir dans le refus d'exécuter la chose jugée, une faute personnelle du fonctionnaire. Cela, évidemment, retire sa compétence au Conseil d'Etat, mais celui-ci aura déjà préalablement tracé le devoir de l'Administration, ses Commissaires du Gouvernement auront souvent menacé les Administrateurs (82), et de toutes façons, le Tribunal des Conflits qui sera appelé à trancher la question, comptera trois de ses membres sur six qui seront des Conseillers d'Etat. Le doyen Hauriou disait très justement que l'on s'était trop exclusivement occupé de la responsabilité pour faute de service et pas assez de la responsabilité personnelle qui touchant directement l'agent, touche par cela même les mœurs administratives, de façon à ce que la responsabilité de l'Administration ne constitue pas toujours une sorte de garantie de l'Administrateur.

C'était réagir contre l'opinion de M. Blum, pour qui la faute personnelle ne devait constituer que l'exception (83).

En conséquence, l'inexécution de la chose jugée n'étant plus du tout dans la ligne de la fonction administrative, l'Etat ne pouvant aller théoriquement contre la justice, constitue, selon Hauriou, nécessairement une faute personnelle, puisque si l'Adminis-

---

(81) Hauriou n. sous arrêt Fabrègues *S.* 1911-3-121 et n. sous arrêt Dlle Manrot *S.*, 1913-3-121 Duguit, Transformation du droit public, p. 215-220 et Traité de droit constitutionnel, t. 3. Jèze *R.D.P.*, 1913, p. 437 et Principes généraux du droit Administratif, T. 2. Cruet: « Etude juridique de l'arbitraire administratif », *Thèse Paris* 1906.

(82) Commissaire du Gouvernement Chardenet, *T.C.*, 23 juillet 1911, Rougegré 909 et *T.C.* 25 mars 1911 Rouzier 392.

(83) Conclusions Léon Blum dans l'affaire Lemonnier, 26 juillet 1913, *S.*, 1913-3-41.

tration commet une faute qu'il n'est pas dans son rôle de commettre, elle ne le fait que par la faute d'un de ses agents.

Le doyen Daguit (84) adopte la même position en la justifiant différemment. Selon lui, « tout jugement est présumé conforme à la loi ; toute loi a pour fondement... le service public lui-même, le fonctionnaire, en méconnaissant le jugement, méconnaît sciemment la loi du service et commet une faute personnelle ».

Pratiquement donc, les administrés pourront ainsi frapper les fonctionnaires, utiliser contre eux les voies d'exécution du droit commun (85), et spécialement atteindre les hauts fonctionnaires, chefs de service.

Dans un arrêt Grosson (86), le Conseil d'Etat avait déjà paru admettre la possibilité de mettre en œuvre, en la matière, la responsabilité personnelle des Administrateurs. Un Maire, dont une décision venait d'être annulée par le Conseil d'Etat, avait cependant persisté dans son attitude primitive. Le sieur Grosson avait alors réclamé une indemnité à l'Etat, le Préfet ayant approuvé le Maire qui avait agi en qualité d'agent de l'Etat. Le Ministre de l'Intérieur, s'étant déclaré incompétent, le Conseil d'Etat eut à se pronocer et décida que « des termes de la requête, il résulte que la demande d'indemnité du sieur Grosson se fonde exclusivement sur des faits qui, s'ils étaient établis, constitueraient une faute personnelle du Maire et dont, à ce titre, il n'appartient qu'à l'autorité judiciaire de connaître ». Le Tribunal des Conflits ne put alors qu'affirmer que la compétence serait judiciaire si les faits reprochés étaient prouvés.

Sous-Section 2. — Lacunes et inefficacité du systeme

Une doctrine unanime et une jurisprudence favorable pouvaient laisser espérer un bel avenir à ce système. Mais le fait que depuis les presque quarante ans qu'il a été proposé, il soit impossible de relever une seule décision jurisprudentielle en faisant application, est un signe néfaste.

L'explication en est simple : la construction théorique des doyens Duguit et Hauriou était loin d'être parfaite. En effet, en affirmant sans discuter que toute inexécution de la chose jugée constituait, nécessairement et automatiquement, une faute personnelle, on oubliait que l'obligation d'exécuter la chose jugée n'était qu'une obligation de faire comme les autres. Peu importe que son incidence sociale soit plus nette ; peu importe le but d'une obligation qui ne doit être caractérisée que par sa nature et sa contexture juridique.

Or, nous avons vu que l'inexécution d'une obligation de faire n'était que rarement une faute personnelle : pourquoi en serait-il autrement de l'inexécution de la chose jugée ?

On pourrait dire que cette inexécution serait une présomption de faute personnelle. Mais aucune loi n'établit pareille présomption, et il sera très facile au Tribunal des Conflits d'opérer comme en matière d'inexécution d'une obligation de faire : d'une part, admettre que l'inexécution a eu un but de service ou n'a

---

(84) Les transformations du droit pub.,*loc. cit.*

(85) En faveur du jeu de l'astreinte contre les fonctionnaires, v. Barthélémy : « Les obligations de faire ou de ne pas faire en droit public », *R.D.P.* 1912, 505.

(86) 31 janvier 1902, 56, cf. *T.C.*, 8 novembre 1902, Grosson 644.

pas été motivée par une intention de nuire, d'autre part, protéger systématiquement les Chefs de Service.

C'est là la lacune majeure du système. Les autres inconvénients signalés ne sont pas propres au sujet et sont de moindre importance. Ce qui est dit des lenteurs de la procédure de conflit vaut, d'une façon générale ; de même le risque (improbable, mais non impossible) de voir une Administration préférer payer que s'incliner, ou de se trouver en présence d'un fonctionnaire insolvable — Duguit proposait d'obvier à ce dernier inconvénient par la création d'une responsabilité solidaire des agents publics et de leur Administration : mais ce serait aller à l'encontre du but poursuivi, puisque l'Administration pourrait payer seule et qu'en conséquence, la menace contre l'Administrateur serait sans effet (87).

On n'avait pas non plus pensé que le système serait inapplicable, lorsque l'inexécution serait le fait d'un corps administratif, et surtout d'un corps délibérant (la recherche des votes n'étant pas possible, ni admise). Et la responsabilité collective peut être, en lespèce, très efficace : le Conseil dEtat en a fait une application dans la célèbre affaire Delpech (88) où le Maire, le Conseil Municipal et les habitants de la commune furent frappés par la décision qui condamna la commune à indemniser l'instituteur contre qui les pouvoirs publics et la population s'étaient ligués (refus des clefs du logement - habitation dans un local insalubre).

Nous ne pouvons donc que formuler la même conclusion pessimiste que nous avons précédemment exprimée : la responsabilité personnelle des fonctionnaires n'est pas en notre matière la panacée universelle qui forcera indirectement l'Administration à exécuter ses obligations.

---

(87) Duguit dans « Les transformations du Droit public », p. 221 proposait d'utiliser le recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'État qui ainsi aurait à juger d'une faute personnelle : il faudrait un texte spécial pour aboutir à une pareille compétence contraire à l'évolution générale de la jurisprudence en matière de responsabilité des pouvoirs publics.

(88) *C.E.*, 20 janvier 1911.

CHAPITRE II

LA MISE EN MOUVEMENT DE LA REPRESSION DISCIPLINAIRE PAR LES SIMPLES PARTICULIERS

SECTION 1. — INTERET DU PROBLEME

Les effets pratiques de la responsabilité civile des fonctionnaires étant quasiment nuls en ce qui concerne les agents judiciaires (1) et très insatisfaisants en ce qui concerne les agents administratifs, il peut être utile de se demander si les administrés excipant d'un préjudice, ne peuvent menacer les fonctionnaires et les poursuivre devant les autorités disciplinaires dont les mesures qui portent atteinte à la carrière des agents publics sont susceptibles de briser les plus fortes résistances, négligences ou mauvaises volontés, plus souvent qu'une condamnation pécuniaire.

Le problème a été depuis longtemps aperçu, tout au moins en ce qui concerne les fonctionnaires administratifs proprement dits. En effet, ainsi que nous l'avons exposé, les auteurs n'ont pas manqué de faire ressortir le lien existant entre la répression disciplinaire et la responsabilité civile demandant de développer celle-ci dans la mesure où la première l'était peu. Or, il est aisé de renverser la proposition et de souhaiter, en raison de l'inefficacité de la responsabilité civile, que les simples particuliers puissent mettre en mouvement la répression disciplinaire.

Ce lien, les Commissaires du Gouvernement auprès du Conseil d'Etat, l'ont souvent mis en valeur, rappelant que sous le régime de l'article 75, le Conseil d'Etat et l'Administration refusaient aux administrés l'autorisation de poursuivre personnellement les agents publics, en invoquant une mesure disciplinaire préalablement prise et qu'on prétendait être une satisfaction suffisante pour la partie lésée (2) — ou bien en relevant à l'occasion d'une demande en indemnité contre l'Administration, que les fonctionnaires responsables n'avaient fait l'objet d'aucune mesure disciplinaire (3).

Il n'est pas rare de voir l'Administration retirer certains droits à des particuliers, en invoquant non les nécessités inhérantes à la bonne marche des services publics, mais les actes répréhensibles ou imoraux des particuliers : la décision de retrait d'une autorisation d'implanter un kiosque sur la voie publique

(1) V. *supra*, p. 372.
(2) Conclusions Tardieu. *C.E.*, 2 juin 1908, Morizot.
(3) Conclusions Cahen-Salvador, *C.E.*, 18 juin 1926. C° d'assurances l'Abeille. *R.D.P.*, 1926, 425.

a bien été annulée par le Conseil d'Etat, mais uniquement parce que la requérante n'avait pas été préalablement entendue, et non parce que le motif de retrait était une sanction disciplinaire, le Commissaire du Gouvernement ayant dès l'abord bien précisé que l'Administration avait le droit d'opérer un tel retrait pour sanctionner le geste immoral de l'individu titulaire de l'autorisation qui avait fait savoir au gérant de son kiosque qu'il continuerait à le garder à condition qu'il lui verse une importante somme d'argent (4).

Pourquoi alors ne pas admettre que les administrés qui ont droit au fonctionnement légal des services publics, aient aussi un droit de regard sur les mœurs même du service, surtout quand elles leur ont causé un préjudice ?

Or, il est un fait que les sanctions disciplinaires sont rarement prononcées contre des agents publics pour punir leurs abstentions. On peut noter quelques décisions où l'on voit un Préfet révoquer un Maire qui n'avait pas obtempéré à sa mise en demeure lui enjoignant de réintégrer un instituteur dans les locaux dont il avait été injustement dépouillé par le Conseil Municipal (5) ou qui avait désobéi aux injonctions préfectorales de signifier l'arrêté préfectoral portant nomination des membres de la Commission administrative du Bureau de Bienfaisance (6), ou suspendre un Maire qui avait refusé de signer et de transmettre au Préfet une délibération du Conseil Municipal (7), ou qui n'avait pas pris dans sa commune les mesures que nécessitaient les opérations électorales (8).

On peut remarquer que ces mesures disciplinaires sont le plus souvent prononcées, non à raison de dommages causés aux tiers, mais à raison d'une hostilité entre le pouvoir central et les pouvoirs locaux. Les considérations politiques priment en la matière les juridiques : les Préfets sont plus soucieux de faire prévaloir les pouvoirs du Gouvernement que de faire respecter les droits des tiers (sauf peut-être si ces derniers jouissent de quelque influence politique) (9).

Est-il donc normal que l'autorité disciplinaire exerce des pouvoirs tellement discrétionnaires, qu'aux yeux des particuliers, elle apparaisse comme arbitraire et même partiale, alors qu'en matière de concession, matière essentiellement contractuelle, nous avons vu la jurisprudence reconnaître aux tiers le droit de demander à l'autorité concédante d'exercer ses pouvoirs sur le concessionnaire ? Les particuliers sont-ils donc plus tiers à l'égard de la situation des fonctionnaires, qu'à l'égard des situations contractuelles administratives ?

Si l'on veut bien se souvenir que la notion de faute personnelle manque de précision, que la théorie du cumul des responsabilités peut fort bien s'étendre, et qu'à ces divers titres, la personne même des fonctionnaires est le plus souvent « tabou », on comprend le mécontentement des administrés, mécontentement

---

(4) *C.E.*, 5 mai 1944. Trompier-Gravier, *R.D.P.*, 1944, p. 256, n. Jèze Conclusions Chenot.
(5) *C.E.*, 2 décembre 1910 Flagnais, 859.
(6) *C.E.*, 5 mai 1911 Giraud, 525.
(7) *C.E.*, 6 décembre 1912 Grivel 1157.
(8) *C.E.*, 10 novembre 1916 Ader, 441.
(9) Sur ce point cf. Jèze n. sous arrêt Lhuillier. *C.E.*, 12 juin 1914, *R.D.P.* 1914, 595.

qui avait abouti au mouvement d'opinion qui demandait l'abrogation de l'article 75 et que l'on voit ressurgir de nos jours dans une certaine presse qui se plaint de la « lenteur » et de la « modération » de l'épuration qui suivit la libération de 1944, et de l'impossibilité, pour les citoyens de contrôler les mesures qui sont prises ou qui ne sont pas prises.

Le problème est donc loin d'être théorique, il correspond au besoin des administrés d'organiser la défense de leurs droits, et du reste, la jurisprudence a eu à se prononcer sur ces deux questions :

Les particuliers ont-ils le droit de provoquer une action disciplinaire pour qu'une sanction disciplinaire soit prise ?

Et spécialement, ont-ils le droit, à l'occasion d'une poursuite disciplinaire, de se porter partie civile ?

Nous allons voir qu'à ces deux questions, la jurisprudence a répondu négativement, la nature de la répression disciplinaire s'opposant à pareille immixtion des administrés dans la vie intérieure de l'Administration.

SECTION 2. — L'IMPOSSIBILITE POUR LES PARTICULIERS DE METTRE EN MOUVEMENT LA REPRESSION DISCIPLINAIRE

Sous-Section 1. — Le droit positif

Aucun texte n'interdit en principe aux administrés de citer un fonctionnaire dont ils auraient eu à se plaindre devant l'autorté disciplinaire. Cependant, un projet de loi fit un jour maladroitement allusion à une éventuelle possibilité pour les particuliers de citer (à fins civiles ou disciplinaires (?) certains fonctionnaires devant leurs tribunaux disciplinaires. Le projet Joly (10) disposait que les fonctionnaires de l'enseignement primaire public ne relèveraient plus des articles 1382, 1383 et 1384 du Code civil, à l'occasion de l'application, du développement et de l'interprétation des programmes, méthodes et règlements institués par le Conseil Supérieur de l'Instruction publique, mais uniquement des tribunaux institués par la présente loi . Etait-ce donc autoriser les particuliers à saisir ces tribunaux — qualifiés de disciplinaires par le projet ?

Le statut de la fonction publique étant très multiforme, il est assez difficile de connaître tous les textes à objet disciplinaire. Mais si l'on étudie un texte de base comme la loi du 19 octobre 1946, portant statut des fonctionnaires, il est aisé de s'apercevoir que le recours des particuliers n'est pas pris en considération et qu'il est même implicitement écarté. L'article 62 de la loi dispose, en effet, que le pouvoir disciplinaire appartient à l'autorité investie du pouvoir de nomination (qui peut déléguer ses pouvoirs en ce qui concerne l'avertissement et le blâme) et l'article 66 que les Conseils de discipline appelés obligatoirement à donner leur avis (sauf pour l'avertissement et le blâme) ne sont saisis que par un rapport émanant de l'autorité investie du pouvoir disciplinaire, laquelle doit indiquer clairement les faits répréhensibles et, s'il y a lieu, les circonstances dans lesquelles ils ont été commis. La seule satisfaction — platonique — que l'on peut fournir aux intéressés, réside dans l'article 81 qui pré-

(10) J.O. 29 juin 1908. Débats Ch. des Dép., p. 1428.

voit que la décision peut (mais cela n'est pas obligatoire) prescrire que la sanction et les motifs seront rendus publics.

D'une manière générale, on peut dire que l'action disciplinaire ne peut être exercée que par le supérieur hiérarchique ou le fonctionnaire que la loi a spécialement chargé de ce rôle (11). La jurisprudence applique strictement ce principe. Il y a peu de décisions concernant les fonctionnaires proprement dits, mais par contre, elles sont assez nombreuses au sujet des officiers ministériels qu'il est probablement discutable d'assimiler à des fonctionnaires, puisqu'ils ne peuvent engager la responsabilité de l'Etat ; cependant, on peut tirer argument de la jurisprudence qui leur est relative et qui, à fortiori, vaut pour les fonctionnaires.

En ce qui concerne les fonctionnaires judiciaires, la solution du problème est simple : le refus de l'autorité de donner suite à une plainte tendant à mettre en mouvement la répression disciplinaire, ne peut jamais être examinée contentieusement, s'il émane d'une autorité judiciaire, le Conseil d'Etat se déclarant toujours incompétent en vertu du principe de la séparation des pouvoirs (12).

Il ne restera alors aux administrés que la ressource de faire comme à l'égard de tous les autres fonctionnaires : saisir l'autorité disciplinaire. Mais celle-ci ne donnera suite à la plante que si elle le veut bien. Son pouvoir est, en la matière, totalement discrétionnaire : il en a été de tout temps décidé ainsi par le Conseil d'Etat.

« Considérant qu'en refusant de révoquer de ses fonctions le sieur Guernon (demande en révocation motivée par le fait que Guernon avait été nommé irrégulièrement à son poste) commis ambulant de l'Octroi de Mamers, le Préfet de la Sarthe a fait un acte de pure administration qui n'est pas susceptible de recours par la voie contentieuse » (13).

De même, le Conseil d'Etat s'est déclaré incompétent pour connaître d'une affaire dans laquelle il était demandé à un Préfet de prononcer une peine disciplinaire contre un Maire qui avait refusé de délivrer un certificat d'origine, destiné à faire exempter des droits de douane des marchandises exportées, non vendues et réimportées en France : le Préfet, dit le Conseil d'Etat, n'a fait qu'user de ses fonctions en refusant d'exercer une action disciplinaire (14).

Enfin, un récent arrêt apporte une confirmation nouvelle à cette jurisprudence qui paraît définitive : « Considérant que si, en vertu de l'article 85 de la loi du 5 avril 1884, modifiée par la loi du 8 juillet 1908, qui prévoit les sanctions applicables aux Maires et adjoints, ceux-ci, après avoir été invités à fournir des explications sur les faits qui leur sont reprochés, peuvent être suspendus par le Préfet et révoqués par décret, il n'appartient

---

(11) Cf. D., 4 décembre 1886, art. 1er, pour les Inspecteurs d'Académie. L 19 mai 1934 pour le renvoi d'un officier devant le Conseil d'Enquête. La loi du 30 avril 1883 sur la discipline des magistrats. Cf. Cass. 8 octobre 1829. S. Chronologique.

(12) *C.E.*, 10 février 1922 Violteau 120. *C.E.*. 14 décembre 1927 Kervégand 1200. Refus du Ministre de la Justice d'enjoindre au parquet d'intenter une poursuite disciplinaire contre un notaire. Refus du Ministre de la Justice de donner suite à une plainte contre un juge de paix.

(13) *C.E.*, 17 février 1882, Granger 172.

(14) *C.E.*, 7 avril 1916 Azières 153.

pas au Conseil d'Etat statuant au Contentieux d'apprécier l'opportunité de telles mesures ; que dès lors, les sieurs Lajotte et consorts, ne sont pas fondés à demander l'annulation de la décision par laquelle le Ministre de l'Intérieur a rejeté leur réclamation tendant à ce que des sanctions administratives fussent prises à l'égard de la municipalité de Bonneuil-sur-Marne » (15).

La répression disciplinaire ne peut donc être exercée que par l'autorité légalement investie du pouvoir disciplinaire et le juge qui, dans sa décision, prononcerait à l'égard d'un fonctionnaire une peine disciplinaire, si minime fut-elle, commettrait un excès de pouvoir, tel le juge qui, à l'occasion d'une faute de négligence d'un garde champêtre, ne se contenta pas de le condamner à des dommages-intérêts, mais encore prononça contre lui un blâme, que seules les autorités chargées de la direction de la police judiciaire, avaient le droit de prononcer (16). En conséquence, le juge ne peut apprécier s'il est opportun ou non de frapper disciplinairement un fonctionnaire, qu'il ait été saisi directement de la question, ou à propos d'une demande en dommages et intérêts.

Et la jurisprudence, logiquement, en déduit que le juge ne pouvant connaître de telles actions, ne peut non plus connaître des actions civiles tendant à exiger des dommages et intérêts à l'occasion d'une poursuite disciplinaire intentée par l'autorité compétente.

« Attendu que si l'arrêt déclare qu'aucun préjudice n'a été effectivement causé à personne, l'article 53 autorisant les poursuites d'office à la délégation du Ministère Public, ne subordonne pas l'action disciplinaire au préjudice que les infractions du notaire ont ou n'ont pas causé et ne fait pas dépendre de cette circonstance le résultat de la dite action » (17).

« ... que d'autre part, en matière disciplinaire, la Chambre ne peut prononcer que l'une des peines établies par l'article 14 de l'ordonnance et n'est point compétente à accorder aux parties plaignantes des réparations civiles et pécuniaires » (18).

« Attendu qu'en matière disciplinaire, les tribunaux n'ont pas le pouvoir de prononcer contre l'inculpé et au profit de la partie lésée une condamnation à des restitutions civiles ; qu'ils peuvent seulement appliquer les peines établies par la loi » (19).

Le particulier lésé ne peut donc qu'adresser sa plainte à l'autorité compétente pour poursuivre disciplinairement : il ne peut jamais citer directement devant un tribunal pour faute disciplinaire (20).

Il n'existe qu'une procédure spéciale, admettant la possibilité de demander des dommages et intérêts devant une juridiction disciplinaire, procédure expressément prévue par divers textes (21), (anciens pour la plupart) et ne concernant que les Officiers ministériels. Si, d'ailleurs, le plaignant ne l'a pas utilisée, il peut s'adresser selon le droit commun aux tribunaux

---

(15) *C.E.*, 6 avril 1941, Lajotte 157.
(16) Cass. 24 septembre 1819 Bulletin Criminel n° 104. Cass. 14 décembre 1843. *S.*, 1844-1-68. Cf. sur ce point art. 9-17-279-281-282 C.I.C.
(17) Cass. 19 août 1844 Gouvert *S.*, 1845-1-62.
(18) Cass. 24 juillet 1888. *S.*, 1888-1-464.
(19) Cass. 7 juillet 1885. *S.*, 1888-1-479.
(20) Cass. 14 janvier 1867. *S.*, 1867-1-160.
(21) Cf. L. 25 Ventôse An XI, art. 53, L. 10 mars 1898, art. 1°.

civils, pour obtenir réparation du dommage causé par des agissements professionnels irréguliers, mais à titre de réparation civile et non pas disciplinaire sans qu'on puisse lui objecter qu'il n'a pas agi par la voie disciplinaire (22).

Devant les Chambres de discipline qui ne peuvent prononcer contre les Officiers ministériels que des peines légères, l'action disciplinaire appartient à un Syndic ou à un Rapporteur, qui agit d'office, ou sur provocation des parties intéressées ou des membres de la Chambre, ou sur invitation du Ministère Public à qui les articles 45 et suivants de la loi du 20 juillet 1810 confèrent un pouvoir de surveilance sur les Officiers ministériels. Mais encore, l'intervention du Syndic est-elle toujours obligatoire, l'article 18 de l'Ordonnance du 4 janvier 1843 sur la discipline notariale, ne reconnaissant ou notaire plaignant le droit de saisir directement la Chambre que lorsqu'elle est appelée à fournir seulement un avis, et l'article 17 du même texte ne reproduisant pas cette disposition quand il s'agit d'une véritable poursuite disciplinaire (23).

Les droits des tiers ne sont donc pas considérables et, en tout cas, ils ne peuvent intervenir à titre de partie civile. Il en sera autrement lorsque un tribunal devra se prononcer sur les peines disciplinaires plus graves. En ce cas, le client ou un confrère de l'Officier ministériel peut valablement saisir le tribunal compétent en prétendant qu'un dommage lui a été causé. On est donc en présence d'une action qui peut aboutir à une condamnation pécuniaire et disciplinaire (24) et donc, à raison de ces effets, la procédure tend à se rapprocher de celle du droit commun (25).

Mais encore une fois, il s'agit du cas très spécial des Officiers ministériels, et aucune mesure semblable, bien au contraire, n'a été prévue pour les fonctionnaires.

Peu importe que la répression disciplinaire se soit peu à peu juridictionnalisée le phénomène ne s'est produit que pour protéger les fonctionnaires (26) et non pour créer à leur encontre des responsabilités nouvelles à l'égard des administrés. Cette juridictionnalisation, qui vise à garantir les fonctionnaires contre l'arbitraire disciplinaire de l'Administration est d'ailleurs de portée limitée : elle ne concerne que les formes relatives à l'instruc-

---

(22) Toulouse 18 janvier 1866. *S.*, 1866-2-107. Cf. Boulet Code du Notariat n° 690.

(23) Les textes prévoient le cas où le plaignant peut être entendu sur sa demande ou à la demande du tribunal disciplinaire et les hypothèses dans lesquelles le huis-clos en raison de la participation du plaignant peut ou non, être prononcé.

(24) Trib. Laval 13 oct. 1932, *S.*, 1932-2-239. Pau, 11 juillet 1938, *S.*, 1939-2-94. Req. 29 juillet 1941. *D.C.*, 1944-15, n. critique A. Chéron : Attendu... qu'un particulier ne pourrait déclancher de sa seule initiative l'action disciplinaire... mais attendu qu'il résulte des termes exprès de l'art. 1° de la loi du 10 mars 1898 que la poursuite disciplinaire est portée devant le trib. cv., soit par la partie intéressés, soit par le Procureur de la République et que le tribunal saisi, juge de la poursuite disciplinaire l'est aussi de la poursuite en dommages et intérêts...

(25) Cass. 26 janvier 1903. *D.*, 1903-1-244. Sur l'imprescriptibilité de cette action disciplinaire : Brive 3 mars 1937, *S.*, 1938-2-49 n. Costes. Sur le caractère spécial de cette action, voir Gibert : « La discipline des fonctions publiques ». *Thèse Paris* 1912. Req. 27 mars 1939, *S.*, 1939-1-180.

(26) V. n. Liet-Veaux, *S.*, 1943-3-37 (Arrêt Magnas).

tion, mais ne contrôle pas l'opportunité de la décision (27), ce qui lui est impossible car, si la loi détermine bien les diverses sanctions disciplinaires, elle est muette ou vague en ce qui concerne les infractions disciplinaires.

Sous-Section 2. — La nature de la répression disciplinaire

Cette liberté de la répression disciplinaire est la conséquence de la nature même du pouvoir disciplinaire.

En effet, la faute disciplinaire n'est jamais précisée. Certains textes, comme la loi du 19 octobre 1946 prévoient bien les diverses sanctions disciplinaires (article 61), mais sont muets sur les infractions disciplinaires. Quand les textes essaient de les déterminer, ils ne le font que d'une manière vague :

— telle la loi du 20 avril 1810 (article 49) qui parle de la faute du magistrat « qui compromet la dignité de son caractère » ;

— telle la loi du 30 octobre 1886 (article 41) qui parle de l'instituteur qui commet « un acte d'inconduite ou d'immoralité » ;

— telle la loi du 19 mai 1834 (article 12) qui incrimine tout Officier qui commet « des fautes contre l'honneur ».

Ou bien les textes ne le font qu'au moyen d'une énumération qui n'est pas limitative : article 14, loi du 30 août 1883 sur l'organisation judiciaire, loi du 25 ventôse an XI (articles 6, 12, 13, 16, 17, 23), Ordonnance du 4 janvier 1843, article 12 (notaires). Décret du 4 juin 1813, article 39 (huissiers) (28).

Le titulaire du pouvoir disciplinaire peut donc incriminer n'importe quel acte de la fonction qui constitue une indiscipline, ce qui variera selon la fonction remplie.

Au contraire, la faute personnelle du fonctionnaire n'est pas une faute fonctionnelle : elle a lieu à l'occasion de l'exercice de la fonction, mais n'engage pas la fonction elle-même. La faute disciplinaire est un manquement au devoir professionnel et, c'est en ce sens qu'elle se distingue de la faute lourde professionnelle des fonctionnaires judiciaires, elle peut se manifester à l'occasion de la vie privée ou de la vie politique (épuration) du fonctionnaire.

La répression disciplinaire tend uniquement au prononcé d'une peine et non d'une réparation : l'agent public a contrevenu aux dispositions de son statut, établi non pas tant dans son intérêt que dans celui de la fonction publique (29).

Mais, du fait qu'il s'agit d'une peine, il n'en faut pas conclure que l'on puisse assimiler action pénale et action disciplinaire.

En effet, l'incrimination disciplinaire est vague et les sanctions ne se rapportent pas à une catégorie de faute déterminée, alors que le droit pénal est fondé sur le principe contraire. De plus, l'action publique est intentée par un magistrat qui ne fait pas partie du même groupement social ou administratif que l'inculpé, alors que l'action disciplinaire est intentée par et devant les pairs du fonctionnaire fautif.

---

(27) Cf. dans une matière voisine, celle des sanctions administratives, *C.E.*, 1° juin 1943 Magnas : le *C.E.* précise qu'il n'a pas à apprécier l'opportunité de telles sanctions.

(28) Sur ces points consulter Bonnard : De la répression disciplinaire. *Thèse Bordeaux*, 1907, p. 41 et s.

(29) Cf. Bonnard *Op. cit.* p. 84. Jèze *R.D.P.*, 1904, p. 781.

De sorte que les deux actions sont indépendantes (30) : toute sanction pénale n'aboutit pas à des sanctions disciplinaires et le fait qu'il n'y ait pas eu sanction pénale, n'oblige l'Administration, ni à lever les sanctions disciplinaires (31), ni à interrompre son action (32), de même qu'une sanction pénale ou une simple mesure administrative (33), déjà prises, n'empêchent pas l'ouverture d'une action disciplinaire.

L'action disciplinaire est donc totalement indépendante : elle n'est la conséquence nécessaire ni d'une action pénale, ni d'une action civile, et le fait qu'elle est exercée ne peut être un obstacle à l'exercice postérieur de toute action qu de droit, principalement une action en réparation civile (34).

Un même fait peut être l'objet à la fois de répression disciplinaire, pénale et de réparation civile, comme il peut ne relever que d'une de ces procédures à l'exclusion des autres, ou de deux d'entre elles à l'exclusion de la troisième : ce qui importe, ce n'est pas tant le fait comme tel, que sa qualification juridique, laquelle en matière disciplinaire est opérée discrétonnairement par l'autorité chargée de la répression (35).

Le droit disciplinaire se présente donc comme un droit autonome, essentiellement comme le droit intérieur à un groupe fermé, interdit au contrôle des individus extérieurs au groupe. On ne peut dire (36) que le pouvoir disciplinaire repose sur l'existence d'un contrat entre l'Administration et ses agents et tient lieu de l'action en exécution du contrat, car la situation du fonctionnaire est statutaire et non contractuelle. L'idée fondamentale, que révèle d'ailleurs le droit positif, est la suivante : il s'agit de réprimer, dans l'intérêt de la fonction, des faits qui ne tombent pas sous le coup de la loi commune, sans chercher à savoir s'ils ont nui ou non à des tiers qui sont d'autant plus sans droit que cer faits échappent aux qualifications juridiques du droit commun, droit qui s'est progressivement formé à partir de la conscience collective d'un groupe national et qui est hétérogène aux droits des groupements secondaires. L'existence de ces groupes juridiques clos n'est pas un phénomène juridique anormal : les systèmes juridiques étatiques sont, eux aussi, hétérogènes les uns aux autres et aux règles du droit international.

Ceci explique que, seuls, les membres du groupe secondaire ont qualité pour interpréter et mettre en mouvement le droit disciplinaire : ce qui n'exclut pas le contrôle d'un juge, mais ce

---

(30) Une action disciplinaire peut être intentée même si une juridiction civile (Cass. 2 décembre 1856 *D.* 57-1-261) ou une juridiction pénale (Paris, 4 janv. 1880, *S.*, 81-2-80) sont déjà saisies.

(31) Poincaré. J.O., 29 janv. 1895. Déb. Parl. Ch. des Dép. p. 82).

(32) *C.E.*, 10 nov. 1911 Elluin, 10 nov. 1944. *D.* 45-87, concl. Odent 23 oct. 1946, *D.* 47 J. 3, 26 juillet 1946 Botella, 14 juillet 1946 Soliman, 10 nov. 1944. Langneur *D.*, 1945-87. Concl. Chenot.

(33) *C.E.*, 5 mai 1911 Desreumaux, 15 déc. 1911 Bergey.

(34) V. affaire Girodot *R.D.P.* 1908 p. 37 et 272. Concl. Tardieu, *S.* 1908-3-81 n. Hauriou. *D.*, 1908-2-249 et 252 n. Thomas.

(35) Cependant l'autorité disciplinaire doit surseoir à statuer si la faute doit être appréciée d'après des faits servant de base à une poursuite pénale : dans ce cas, en effet, il ne s'agit pas de la qualification des faits, mais de leur existence. Cf. Bordeaux, 28 juillet 1902. D. 1904-2-187 et Schmit: « Les arrêts du Conseil Supérieur de l'Instruction publique », T. 1., p. 287.

(36) Laband « Staatsrecht » 4e édit. 1901-1, p. 454. Traduct. fr. 1901-II-183.

qui exclut, de façon totale, le contrôle des membres étrangers à l'institution (37).

Le fonctionnaire français est donc sérieusement protégé par le droit positif en matière d'abstention : les hypothèses dans lesquelles il peut être personnellement frappé sont trop réduites pour qu'on puisse se permettre d'affirmer que sa responsabilité personnelle agit sur l'Administration à la manière d'une contrainte indirecte.

Si bien que les administrés ne disposent à l'encontre des Pouvoirs Publics d'aucun moyen de contrainte, directe ou indirecte. On est ramené à la pétition de principe de Thiers ; l'Etat doit être réputé honnête homme, il faut lui faire juridiquement confiance.

---

(37) Dans la mesure où l'on reconnaît la nature disciplinaire aux sanctions administratives prononcées en matières de législation économique contre des professionnels ou des groupements professionnels (*C.E.*, 11 août 1944 Chavirou D., 1945, J. 228), il faut reconnaître à l'Administration sur ce point un pouvoir discrétionnaire de prendre ou de ne pas prendre de telles sanctions.

TITRE QUATRIEME

L'exécution du service public par des administrés

Nous avons dit en conclusion du Titre III, que les administrés devaient faire confiance à l'Administration. Mais cette confiance, il est des administrés qui peuvent refuser de l'accorder, car ils sont en droit de craindre que l'Administration ne s'exécute que tardivement alors que leurs besoins sont urgents. Et la possibilité d'une indemnité au cas d'inexécution ou d'exécution tardive n'est qu'un équivalent juridique et non pratique.

Aussi, les administrés peuvent-ils être tentés d'agir par eux-mêmes, d'exécuter eux-mêmes les obligations de faire de l'Administration ainsi que la chose jugée, sans le secours des pouvoirs publics et, pourrait-on dire, contre eux. Mais cette suprême ressource des simples particuliers qui craignent de voir frappés de paralysie leurs droits, n'est-elle pas une forme de la justice privée, et à ce titre, ne doit-elle être pas prohibée ?

La justice privée ou exécution privée est « le fait, pour le titulaire d'un droit, de procéder de sa propre initiative et sans l'intervention des autorités à la protection ou à l'exécution de ce droit » (1).

C'est là la forme primitive d'exécution du droit ou la forme pathologique au cas de désagrégation du sorps social. Cette vengeance privée, les autorités ont commencé d'abord par la règlementer (duel judiciaire) pour ensuite la prohiber quand le pouvoir se sentit assez fort pour assurer à tous la tranquilité et la sécurité. Cependant, on peut se demander, de nos jours, si l'exécution privée n'a pas un rôle à jouer sous une forme subsidiaire, quand l'individu se trouve en état de nécessité ou les pouvoirs publics en état de carence.

En droit privé, l'idée de nécessité a amené certains auteurs à admettre l'existence d'un pareil droit, et à montrer que, si d'une manière générale, aucun texte ne reconnaissait ni ne prohibait l'exercice de ce droit, que par ailleurs, les mœurs répugnaient à admettre de façon générale, il était cependant dans le droit français des procédés autorisés par la loi qui relevaient de l'idée de justice privée. En outre, il est des décisions jurisprudentielles où

(1) Vallimaresco: La justice privée en droit moderne, p. 14. Cf. Demogue : Notions fondamentales du droit privé. p. 623. Crémieu : La justice privée. *Thèse Paris* 1908.

l'on voit que le procédé est légitimé dans la mesure où il n'aboutit pas à la commission de violences ou d'infractions (2).

Dans un arrêt récent, la Cour de Cassation a admis que le créancier d'une obligation de faire qui avait négligé d'obtenir l'autoridation du juge, prévue par l'article 1144 du Code civil et qui avait exécuté lui-même l'obligation de faire du débiteur, pouvait exiger d'être remboursé par celui-ci, à la condition de prouver que les travaux étaient indispensables et qu'ils avaient été exécutés de la manière la plus économique (3).

Ce que la nécessité peut permettre à l'individu, la carence de l'Etat le lui permet-elle aussi ?

Le problème n'est aucunement théorique : un individu à qui l'Administration n'a pas accordé l'autorisation à laquelle il avait droit, risque fort de désirer s'en passer et, à ce moment-là, d'être passible de contravention. Si par contre, son action est jugée régulière, elle ne peut plus être sanctionnée par l'Administration.

La jurisprudence est, en la matière, très peu fournie. En faveur de la possibilité de l'exécution privée, on peut citer un arrêt Rétif, du Conseil d'Etat du 26 juin 1914, dans lequel il s'agissait d'un individu qui, sur le refus illégal par un Préfet d'un permis de stationement sur un cours d'eau navigable, avait passé outre, s'était vu dresser contravention et condamné par le Conseil de Préfecture et qui, sur recours en Conseil d'Etat, avait été relaxé en même temps qu'était annulé l'arrêté préfectoral. Cet arrêt paraît donc signifier que lorsque l'Administration est obligée « ex lege » d'accorder un droit, le particulier peut se faire justice.

La confirmation de cette jurisprudence semble être donnée par l'arrêt Société Economique (4), d'où l'on peut déduire par a contrario, le droit de se passer d'une autorisation illégalement refusée : en l'espèce, elle l'avait été légalement puisque le silence de l'Administration dans les 20 jours d'une demande d'établissement de canalisation sous une route nationale, ne signifiait pas son acceptation, les traxaux exécutés ne rentrant pas dans le cadre de l'article 4 du décret du 25 mars 1852, qui prévoit la possibilité d'exécuter certains travaux 20 jours après la demande d'autorisation.

Il semble que le Conseil d'Etat opère une sorte de compensation entre la faute de l'Administration et celle du particulier. C'est ainsi qu'il atténue une contravention dressée contre un propriétaire qui avait fait une construction sans respecter l'alignement, pour le motif que le Préfet avait tardé à délivrer l'alignement (5). Une indemnité peut être allouée en ce cas à l'administré,

---

(2) Trib. cv. Ruffec, 30 décembre 1906. Rev. trim. drt cv. 1907, p. 420 a reconnu à un propriétaire le droit d'enlever portes et fenêtres d'un logement indûment occupé, étant donné qu'il ne s'était livré à aucune violence sur le locataire ni sur ses meubles. Cf. Demogue : Traité des obligations T. VI, p. 51. Cassin : Cours de Doctorat 1934-35. « Les cours de droit », p. 311 (qui admet le procédé contre les occupants sans titre et non contre les anciens locataires). Trib. cv. Seine 21 juillet 1925. *G.T.* 1926-2-388: a admis qu'un propriétaire peut ordonner au concierge de ne pas remettre le courrier à un sous-locataire installé sans autorisation. Mais, par contre, un très grand nombre d'arrêts déclarent civilement responsable le propriétaire qui coupe l'eau le gaz et l'électricité à son locataire ou le met lui-même à la porte. Et les tribunaux répressifs relèvent souvent qu'à l'occasion d'une exécution privée un délit a été commis : Cass. crim. 27 janvier 1922. *D.*, 23-1-9 n. critique Henry (délit de bris de clôture commis par un propriétaire sur son propre bien).

(3) Cv. 2 juillet 1945. *S.*, 1946-1-10.

(4) *C.E.*, 4 mars 1927-293.

(5) *C.E.*, 1er février 1851 Marchesi, 94.

même s'il a contrevenu à la législation de l'alignement, en raison du retard apporté à la délivrance de l'alignement par l'Administration (6).

Mais cette contravention aux règlements s'opère aux risques et périls du particulier qui ne peut, par exemple, se prévaloir de ce qu'il s'est conformé à un plan de nivellement futur, alors que l'Administration lui avait indiqué le nivellement actuel en le laissant libre de suivre, à ses risques et périls, l'un ou l'autre (7). Il est évident, par ailleurs, qu'il ne devra commettre aucune infraction, l'exécution privée ne devant jamais être délictueuse (8).

Mais, toutes ces décisions sont relatives à des refus d'autorisation ou de permission et la jurisprudence paraît être beaucoup moins large quand l'Administration doit effectuer une prestation au sens strict du mot. Un arrêt récent vient, en effet, de décider qu'a commis une infraction le négociant qui a acheté des raisins sans posséder les bons de réapprovisionnement nécessaires, alors même que cet achat avait été opéré dans les limites des bons que la Société interprofessionnelle aurait dû lui remettre d'après les dispositions règlementaires : « La faute qu'aurait commise le Comité ne dispensait pas l'entreprise de l'obligation de respecter les prescriptions règlementaires » (9).

Il semble bien que la jurisprudence ait adopté la même attitude en ce qui concerne l'exécution privée par les administrés de la chose jugée à l'encontre de l'Administration.

Par l'arrêt Elections de Bouilh-Pereuilh (10), le Conseil d'Etat annula, en effet, des élections effectuées sur les bases d'un de ses arrêts, indiquant un sectionnement électoral, dont le Préfet avait refusé de tenir compte. Le Conseil Municipal, sur le refus préfectoral d'exécuter la chose jugée, l'avait exécutée lui-même, ce qu'il ne pouvait juridiquement faire... Les élections auraient dû avoir lieu sur les bases du sectionnement irrégulier imposé par le Préfet, la seule ressource des intéressés étant, par la suite, d'intenter un recours pour excès de pouvoir. Mais ce dernier, ne pouvant empêcher le nouveau Conseil Municipal, irrégulièrement élu, d'entrer en fonctions, on comprend que les administrés aient préféré agir préventivement.

Le doyen Hauriou, qui donne moralement raison au Conseil Municipal pour avoir suppléé à la carence et au mauvais vouloir de l'Administration, est cependant obligé de reconnaître que, juridiquement, il avait eu tort. Mais, sans prononcer le mot d'exécution privée le doyen Hauriou s'est souvent efforcé de découvrir, dans les textes ou la jurisprudence, un moyen permettant

---

(6) *C.E.*, 23 mars 1923 Epoux Buffard 283.

(7) *C.E.*, 11 novembre 1892 Balu 754.

(8) Cf. La jurisprudence relative à l'art. 257 du Code Pénal qui réprime les atteintes aux monuments destinés à l'utilité publique. Cass. 11 juin 1863. *D.* 63-1-264. 11 novembre 1927 *D.H.* 1928-54. 24 octobre 1946, *D.* 1947-J.-37 rapport Pépy, note A.L.P. (enlèvement d'un pylône électrique planté illégalement sur une propriété privée) et la jurisprudence relative à la résistance aux voies de faits commises par l'Administration (Cf. Casenave: « Les arbres et la voie publique », *Thèse Paris* 1937, p. 122 : la jurisprudence estime que l'art. 673 qui permet à un individu de couper les racines d'un arbre avançant sur son héritage n'est pas applicable aux arbres de la voie publique : en sens contraire, v. jurisprudence étrangère : Montréal, 26 novembre 1924, Rev trim. de droit civil 1925, p. 437.

(9) *C.E.*, 28 mars 1947. Soc. Lanson. Synthèse de documentation et de jurisprudence n° 3 mars-avril 1947, p. 61.

(10) *S.*, 1909-3-65 n. Hauriou.

aux particuliers de se passer de l'Administration, quand celle-ci oppose la force d'inertie à la force de chose jugée (11). Une pareille procédure en matière d'autorisation ou de permis serait, en effet, très utile. Car, pourquoi exiger du justiciable, nanti d'une décision du juge annulant un refus d'autorisation ou de permis, mais à laquelle l'Administration n'obtempère pas, qu'il fasse une nouvelle requête vouée à l'échec, qu'il suscite une décision pour lier un contentieux que le juge se refusera à juger ou qui ne provoquera qu'une deuxième annulation aussi inefficace ?

Aussi,le doyen Hauriou demandait de voir dans l'annulation d'un refus d'approbation des statuts d'une Société de secours mutuels, une approbation donnée aux lieu et place de l'Administration par le juge, non en vertu de son pouvoir, mais en vertu de la loi : ainsi, les administrés n'auraient pas à attendre une approbation régulièrement fournie par l'Administration.

L'argument est ingénieux, mais ne paraît pas fondé, car la loi oblige bien les Pouvoirs publics, à donner leur approbation, mais elle ne la délivre pas elle-même, et le juge ne peut faire davantage que la loi. Il ne faut pas confondre le problème de la compétence liée et celui de l'indépendance de l'Administration. S'il y a des textes qui prévoient que dans certains cas le silence équivaut à l'acceptation de la demande du requérant, il faut remarquer que c'est là un moyen d'éviter la formation du contentieux et non d'assurer son exécution ; chaque fois que le législateur prévoit un recours juridictionnel, c'est qu'il estime se trouver en présence d'intérêts complexes nécessitant pour leur appréciation ou leur exécution l'intervention de l'Administration.

On peut regretter de ne pouvoir supposé « accompli l'acte que l'Administration se refuse d'accomplir toutes les fois que cet acte, par sa nature, ne répugne pas à être supposé accompli » : mais le doyen Hauriou fournit là un critérium bien vague. Il serait bon que des textes prévoient limitativement les cas dans lesquels le refus de l'Administration d'exécuter une décision juridictionnelle relative à certaines autorisations et permissions, équivaudrait, au bout d'un laps de temps, à la délivrance de ces autorisations et permissions. En l'espèce, les intérêts des Services publics ne seraient pas menacés, car les obligations de l'Administration sont analysables en obligations de laisser faire. Il doit en être autrement pour les obligations de faire proprement dites : il serait anarchique de permettre à un administré de faire lui-même fonctionner les services publics, en même temps que difficilement concevable. Imagine-t-on une exécution privée à l'encontre de la police ou de la justice ?

Mais il est une procédure qui, à première vue, semble pouvoir être à la disposition des administrés : celle qui consiste à demander au juge, chaque fois que la chose est matériellement et intellectuellement possible, l'autorisation d'exécuter, à la place de l'Administration, ce qu'elle se refuse à faire.

Aux termes de l'article 1144 du Code civil, le créancier d'une obligation de faire peut demander au Tribunal de l'autoriser à exécuter ou faire exécuter l'obligation aux dépens du débiteur. Le Tribunal, saisi d'une pareille demande, a un pouvoir d'appréciation souverain qui, en tant que tel, échappe au contrôle de la

(11) N. sous arrêt Denis-Rage-Roblot S. 1907-3-17, n. sous arrêt Soc. de Secours Mutuels la Blinoise S. 1912-3-17, cf. Précis de Droit Administratif 12e édit. p. 358

Cour de Cassation, l'opportunité de la mesure sollicitée étant une question de fait, non de droit (12).

Malheureusement pour les administrés, le juge administratif ne peut statuer sur de pareilles demandes. « Considérant que, par l'arrêt attaqué, le Conseil de Préfecture a reconnu avec raison que l'établissement de la voie ferrée, le long de la propriété du sieur Enot, a pour effet de mettre obstacle au libre écoulement des eaux et que les travaux faits par la Compagnie de l'Ouest étant insuffisants, il y avait lieu de les compléter, de manière à assurer le déversement des eaux dans l'égoût existant, au bas de l'avenue Eugénie ; *mais qu'il n'appartient pas au sieur Enot de modifier l'état de choses existant et qu'ainsi, c'est à tort que par l'arrêté attaqué, le Conseil de Préfecture lui a alloué dans ce but une provision de* 800 *francs* » (13). Le Conseil d'Etat a également affirmé l'incompétence du Conseil de Préfecture à autoriser un administré à prélever pour son usage, une certaine quantité d'eau, alors que, cependant, une commune avait détourné à son profit des eaux dont il avait la jouissance (14).

Il ne s'agit plus dès lors d'un pouvoir discrétionnaire du juge, mais d'une incompétence absolue. Nouvel argument, si besoin en était, que la notion d'obligation de faire du droit privé ne se reprouve pas, tout au moins dans son intégralité en droit public.

Faut-il donc en conclure que l'Administration est seule compétente pour exécuter le service public ? Ne risque-t-on pas, comme l'avait dit de loyen Hauriou, d'aboutir ainsi à un « mandarinat administratif » ? (15).

Il existe cependant des types de service public, où l'on assiste à l'association de l'Administration et de l'initiative privée : les contrats administratifs et, spécialement la concession de service public, en sont une forme ancienne ; il est des établissements publics comme les Associations syndicales autorisées où la gestion du service échappe à l'Administration. Les sociétés d'économie mixte, un temps les Comités d'Organisation professionnels (16) et, à un plus haut degré, les entreprises nationalisées où sont réunis agents publics, cadres techniques, représentants ouvriers et même représentants des usagers, sont des exemples récents de cette collaboration de l'Administration et des individus.

---

(12) Req. 18 juin 1883. *D.*, 1884-5-353. Cv. 2 février 1904, *D.*, 1904-1-271.

(13) *C.E.*, 20 novembre 1896 Enot 746, cf. *C.E.* 11 novembre 1881 Cie des Chemins de fer du Midi 877.

(14) *C.E.*, 11 janvier 1884 (1° espèce) *D.*, 1885-3-78.

(15) Cette idée, que l'Administration est seule compétente pour organiser et exécuter un service public se retrouve dans un arrêt Ville de Castelnaudary (*C.E.* 17 juin 1932, *S.* 1934-3-56) où le Conseil d'Etat confirme un arrêté préfectoral qui avait annulé une délibération d'un Conseil Municipal aux termes de laquelle le service de la police rurale avait été confié à une Fédération privée de chasse et de pêche.

Il est des cas où, par contre, la loi a prévu au profit des administrés, certains moyens de pallier la carence administrative : tel l'article 41 de la loi du 28 septembre-6 octobre 1791 qui autorise tout individu circulant sur une voie publique impraticable, à se frayer un passage sur les propriétés riveraines, la Commune (s'il s'agit d'un chemin rural impraticable) devant supporter la charge des dommages que ce passage aura occasionné aux propriétés (cf. Crim. 20 juin 1857, *D.*, 1857-1.374, 1er juin 1866, *D.* 1866-5-127. Cv 11 février 1879, *D.*, 1879-1-55. Req. 10 mai 1881, *D.*, 1881. 1.445. Cv. 9 décembre 1885 *D.* 1887-1-64. Req. 27 juin 1927. *D.*, 1928-1-95 n. Monsarrat. *C.E.*, 8 mars 1935 Commune de Grésillé, *D.*, 1936-3-13 n. Monsarrat).

(16) Cf. *C.E.*, 31 juillet 1942 Monpeurt *S.*, 1942-3-37 concl. Ségala : où l'on voit que des organismes privés peuvent accomplir des actes administratifs.

Pourquoi alors, ne pas permettre à ceux-ci de collaborer, à titre individuel et non plus collectif ?

L'article 123 de la loi du 5 avril 1884, organise une pareille collaboration, les contribuables d'une commune pouvant, en effet, être autorisés par le Conseil de Préfecture à exercer les actions que cette commune néglige d'exercer. Il y a là quelque chose qui rappelle l'action oblique du droit privé. Mais nous verrons que celle-ci ne peut être utilisée par un créancier de l'Administration. Car, par l'article 123, le contribuable met en mouvement une procédure destinée moins à sauvegarder ses droits que ceux de la commune.

Cette idée est confirmée par la jurisprudence relative à l'enrichissement sans cause en droit public : les administrés ne peuvent jamais agir contre l'Administration, mais seulement à sa place et pour elle.

Il n'est qu'une hypothèse dans laquelle les individus agissent à la place de l'Administration, mais non pour elle. Elle est d'ailleurs formellement prévue par la loi : nous voulons parler de la mise en mouvement de l'action publique par les simples particuliers. Mais encore faut-il souligner, qu'agissant à la place du Ministère Public, ils n'agissent pas contre lui.

Nous étudierons ces divers cas d'exercice du service public par les administrés, dans les chapitres suivants :

— Chapitre I. — L'exercice par les contribuables des actions appartenant aux communes.

— Chapitre II. — L'action oblique en droit public.

— Chapitre III. — La participation des administrés à l'exécution d'un service public.

— Chapitre IV. — La collaboration par suppléance.

— Chapitre V. — La mise en mouvement de la répression pénale.

CHAPITRE PREMIER

L'EXERCICE PAR LES CONTRIBUABLES DES ACTIONS APPARTENANT AUX COMMUNES

En vertu de la loi du 5 juillet 1884, le Maire représente seul la commune en justice. Il n'en est autrement que dans l'hypothèse prévue par l'article 83 lorsque ses intérêts sont en opposition avec ceux de la commune. Toutefois, le Maire n'agit que sous le contrôle du Conseil Municipal (articles 90, 121, 122) sauf en matière de référé, tant pour demander que pour défendre (1).

Depuis la loi du 8 janvier 1905 qui modifia l'article 124 de la loi municipale, les communes peuvent ester librement en justice, sans solliciter l'autorisation de l'autorité de tutelle : l'obligation pour les individus qui agissent contre une commune, de déposer, à peine de nullité, un mémoire préalable à la Préfecture ou à la Sous-Préfecture, ne peut pas être considérée comme un mode d'exercice de la tutelle administrative (2). Mais cette liberté, des communes — surtout les petites communes timorées ou négligentes — peuvent ne pas l'utiliser. Si le Conseil Municipal, d'accord ou non avec le Maire refuse de plaider ou s'abstient de délibérer à ce sujet, il n'est pas de moyens juridiques pour le contraindre à agir en justice. L'autorité de tutelle peut provoquer la destitution du Maire ou la dissolution du Conseil Municipal. Mais, encore qu'elle soit totalement libre de prendre ou non de telles sanctions, celles-ci ne résoudraient pas le problème.

Si le Maire, malgré une délibération du Conseil Municipal, refuse de plaider, tant que l'on ne se trouve pas dans les conditions exigées par l'article 83 ou l'article 84 (qui prévoit les cas d'absence, suspensions, révocation ou empêchement du Maire), le Conseil Municipal ne peut lui substituer un mandataire « ad litem », non plus que les conseillers municipaux ne peuvent, d'office, s'attribuer le mandat légal du Maire (3). Le Maire peut tout au plus être blâmé par son Conseil Municipal, ce qui ne l'oblige en rien à démissionner, le régime municipal n'étant pas parlementaire. Il est aussi impossible à l'autorité de tutelle de se substituer au Maire par application de l'article 85, car le refus du Maire d'ester en justice n'est pas à proprement parler la négligence ou le refus d'accomplir un acte prescrit par la loi (4).

Le Maire, en effet, néglige ou refuse d'accomplir une fonction et la substitution de l'autorité de tutelle n'est admise sur ce point qu'en matière de finances et de police.

---

(1) C. Besançon *D.* 1907-2-113.
(2) Cv. 15 décembre 1936. G.P. 7-8 février 1937.
(3) *C.E.*, 31 mars 1905. Pujol *R.D.P.* 1905, 355 n. Jèze.
(4) En ce sens : Laferrière : « La juridiction administrative », 2e édit. T. 2, p. 512. Sanlaville : « De la représentation juridique des Communes », *R.G.A.* 1902-3-17 Cf. *C.E.* 20 avril 1883, R, p. 36.7

Le recours pour excès de pouvoir devait être alors possible contre l'inaction du Maire. Mais son efficacité serait minime, puisqu'il ne pourrait aboutir tout au plus qu'à une annulation.

Enfin, il faut signaler que l'autorité de tutelle, peut paralyser la bonne volonté du Conseil Municipal et du Maire en refusant d'approuver le vote d'un crédit destiné au versement d'une provision à l'avoué chargé de la défense de la cause communale, pareil vote étant nécessaire dans la plupart des communes dont les budgets n'affectent, en principe, aucun crédit au contentieux.

Le contrôle de l'autorité tutélaire étant incapable de secouer l'inertie des communes, il a paru au législateur qu'il devait fournir aux administrés un moyen de lutte efficace. Déjà, le paragraphe 3 de l'article 49 de la loi du 18 juillet 1837, permettait à tout contribuable inscrit au rôle de la commune d'exercer à ses frais et risques, avec l'autorisation du Conseil de Préfecture, les actions appartenant à la commune ou à la Section des communes et que celles-ci, après en avoir préalablement délibéré, refuseraient d'exercer. Les articles 123-121, § 2-125-126 de la loi du 5 avril 1884 reprirent ces dispositions qui, en 1905, furent condensées dans le nouvel article 123. Récemment, l'article 10 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 (5) est venu préciser la procédure à suivre en matière d'exercice des actions des Sections des communes.

Cette législation, destinée à secourir les contribuables communaux, a-t-elle atteint son but ? C'est à cette question que nous allons essayer de répondre après avoir, au préalable, étudié les conditions d'exercice de l'article 123 de la loi du 5 avril 1884.

SECTION 1. — FONCTIONNEMENT DE L'ARTICLE 123 DE LA LOI DU 5 AVRIL 1884

Seuls, les contribuables inscrits au rôle des contributions directes de la commune peuvent invoquer le bénéfice de l'article 123. Ouvert aux habitants, il aurait permis d'agir à des individus sans lien réel avec la commune. Le législateur a voulu, au contraire, que l'action fut fondée sur un lien organique et, si la qualité d'électeur n'a pas été retenue (6), c'est parce que le droit fran;ais pèse davantage les intérêts pécuniaires que les politiques : il est avéré, en effet, que les Français se désintéressent plus aisément des seconds que des premiers.

Seuls, les contribuables peuvent ainsi mettre en œuvre les actions qu'ils croient appartenir à la commune. Qulnd peut-on dire alors, que la commune possède une action ?

Il n'y a pas d'action, s'il n'y a pas un intérêt à agir. C'est donc cette dernière notion qu'il s'agit de préciser. Les contribuables ne peuvent demander le bénéfice de l'article 123, si leur action n'a, en vue de leur intérêt propre et non celui de la commune (7). Ils doivent établir que la commune a négligé de soutenir ses intérêts (défaut d'appel (8) ou refus d'une commune de se pourvoir en cassation (9). Cette condition est nécessaire et suffisante : les contribuables peuvent, quant à eux, avoir un

(5) *J.O.* 3 novembre 1945, p. 7172. *S.*, 1946-5-544.
(6) V. cependant proposition J. Roche. Chambre des Députés 26 févr. 1884.
(7) *C.E.*, 9 décembre 1895. *D.* 1897-3-117, 21 novembre 1890. *D.* 1892-3-50.
(8) C. d'Appel d'Alger 10 avril 1895. *D.*, 1896-2-238.
(9) Cv. 13 mai 1873. *D.*, 1873-1-417.

intérêt personnel à la poursuite de l'affaire, mais cela ne leur ôte pas le droit d'agir au nom de la commune si celle-ci possède également un intérêt à la poursuite de l'action (10).

Ceci étant posé, il faut enfin que la commune — préalablement appelée à en délibérer — ait refusé ou négligé d'exercer l'action (article 123, § 8). Il n'y a pas inertie, si la commune, à la requête d'un contribuable, décide d'intenter l'action ou si elle s'est déjà pourvue en justice, ou si elle a introduit l'instance après l'autorisation du contribuable par le Conseil de Préfecture (11), ou enfin si elle s'est désistée après avoir engagé l'action (12). De même, lorsque les communes étaient soumises à l'autorisation de plaider, on ne pouvait prétendre qu'elles négligeaient d'exercer leur action quand cette autorisation de plaider leur avait été refusée par les Conseils de Préfecture (13).

Par ailleurs, le simple fait qu'un Maire a négligé d'exercer l'action que le Conseil Municipal avait décidé d'intenter, n'est pas suffisant pour autoriser le contribuable à utiliser la voie de l'article 123 : car celle-ci vise à réprimer la négligence de la commune et non celle de son autorité exécutive (14).

Il suffit que le Maire ait saisi le Parquet en lui transmettant, par exemple, le procès-verbal d'une contravention de voierie, pour prouver qu'il a fait diligence pour faire respecter les droits de la commune : il n'est pas nécessaire que la commune se porte partie civile et intente un procès à titre personnel (15).

Enfin, il ne peut plus être question de négligence de la part d'une commune lorsque l'atteinte portée à ses droits a pris fin avant que le Conseil de Préfecture ait eu à intervenir sur la requête du contribuable (16).

Toutefois, il ne semble pas que le seul fait de ne pas faire valoir ses droits en justice prouve que la commune s'est désintéressée de son action. Une transaction régulière, aux yeux du Conseil d'Etat éteint toute action (17). Mais, le plus souvent, les Conseils Municipaux n'ont pas une attitude si nette, et les Conseils de Préfecture décident, sur l'autorisation demandée en considérant attentivement les faits de la cause : c'est ainsi que le simple fait pour une commune d'avoir engagé des négociations avec son concessionnaire, est la preuve qu'elle n'a pas négligé ses droits, en foi de quoi le Conseil de Préfecture peut fort bien refuser au contribuable l'autorisation d'exercer l'action de la commune (18 et 19).

Car il ne suffit pas que toutes les conditions que nous venons d'énumérer soient remplies : il faut encore que le contribuable qui désire exercer l'action appartenant à la commune, soit auto-

---

(10) Les contribuables n'ont pas dès lors à établir qu'ils ont un intérêt personnel au succès de l'instance : *C.E.* 7 juillet 1896, *S.* 1898-3-9.

(11) *C.E.*, 14 mars 1902. Compagnie générale des Eaux. *D.* 1903-3-94.

(12) Sur le rroit d'intervention du contribuable à une instance engagée par la commune, v. *R.G.A.* 1896. T. I. p. 177 et 1898. T. 3, p. 51

(13) *C.E.*, 11 juillet 1885 Hacquart 1023.

(14) *C.E.*, 1er décembre 1904 Leclerc 801.

(15) *C.E.*, 1er mars 1911 Autigeon 1267.

(16) *C.E.*, 12 mars 1908 Chabidou 1120.

(17) *C.E.*, 19 novembre 1881. *R.* 1056. Sur la question voisine de l'acquiescement cf. Répertoire Pratique Dalloz, Supplément, Commune n° 842 et 845.

(18) *C.E.*, 26 juin 1922. Meriot. *S.*, 1924-3-25 n. Hauriou.

(19) L'autorisation accordée par le Conseil de Préfecture prouve à elle seule que le Conseil Municipal a refusé ou négligé d'agir : C. Comptes 2 mai 1910 Pinaud 1089 n° 2.

risé, pour ce faire, par le Conseil de Préfecture. S'il n'est pas muni de cette autorisation, le recours qu'il veut intenter devient impossible (20). Par ailleurs, cemmet une erreur de droit, le Conseil de Préfecture qui juge non nécessaire de fournir cette autorisation, car, seules les communes peuvent ester librement en justice (21).

Cette condition a été apposée parce que l'on craignait de voir naître un trop grand nombre d'actions intempestives, et pour sauvegarder la compétence exclusive de l'Administration. De telle sorte que l'on s'est contenté de conférer aux particuliers une sorte de compétence parallèle, sous la surveillance de l'autorité de tutelle (22).

Il faut, en premier lieu, que le contribuable ait mis le Conseil Municipal en demeure (une lettre recommandée suffit), de délibérer sur la question de l'opportunité de l'action en justice. Après quoi il doit (article 123, § 2) adresser au Conseil de Préfecture un mémoire détaillé que le Préfet transmet ensuite au Maire, en l'invitant à le soumettre au Conseil Municipal, spécialement convoqué à cet effet (23). Au titre de l'article 10, § 2 de l'ordonnance du 2 novembre 1945, si le contribuable demande à exercer l'action appartenant à une Section de commune, le Sous-Préfet peut, et dans certains cas doit (article 12), consulter la Commission Syndicale sur le mérite de l'action.

Dans le délai de deux mois à dater du dépôt de la demande en autorisation, le Conseil de Préfecture doit statuer. Par là, il n'accomplit par un acte de juridiction contentieuse, mais de tutelle administrative (24). Sa décision n'a donc pas l'autorité de la chose jugée : sur une nouvelle demande, le Conseil de Préfecture peut se rétracter sans annuler sa précédente décision, de même qu'un refus ne saurait le dispenser de statuer dans la suite. Tout cela évidemment dans le délai de deux mois, puisque passé ce laps de temps, le Conseil de Préfecture est dessaisi. Cette autorisation, toujours nécessaire (25), quelle que soit la nature de l'action ou de la juridiction que l'on veut saisir, n'est certainement pas indispensable pour permettre au contribuable qui l'a obtenue pour provoquer une première instance, de suivre ensuite la procédure (26) tout au moins s'il est défendeur.

Mais son caractère essentiel réside en ceci qu'étant un acte de tutelle, elle est totalement discrétionnaire. Si le Conseil de Préfecture ne doit pas préjuger au fond du litige, il a le droit d'estimer les chances de succès de l'action (27), et même son

---

(20) *C.E.*, 28 janvier 1864 Hachard 87, 10 avril 1942 de la Tourfondue 111.
(21) *C.E.*, 9 mai 1896 Crouzier 909.
(22) B. Geny : Essai d'une théorie générale de la collaboration des administrés avec l'Administration en dehors de leurs rapports contactuels. *Thèse Nancy*, 1930, p. 269.
(23) Faute de dépôt préalable de mémoire, le Conseil de Préfecture n'est pas autorisé à statuer. *C.E.*, 24 juin 1898. *D.* 1899-3-98.
(24) *C.E.*, 13 novembre 1931. *S.*, 1933-3-47.
(25) Il ne semble pas cependant que l'autorisation soit nécessaire si le contribuable désire seulement procéder à un acte conservatoire : en ce sens Journeux : « Le Contrôle des contribuables sur la gestion financière des Communes », *Thèse Paris*, 1940, p. 36. En tout cas, elle ne l'est pas lorsqu'un individu agit en son nom propre, en déposant une plainte et se constituant partie civile contre un Maire, à raison de malversations de celui-ci. Riom 16 janvier 1936. *S.*, 1936-2-168.
(26) Cf. Sanlaville *op. cit. loc. cit.*
(27) *C.E.*, 22 février 1886. *D.*, 1888-3-38.

opportunité : dans la décision Meriot (28), le Conseil d'Etat a décidé qu'il n'y avait pas lieu d'autoriser un contribuable, étant donné que seule la commune paraissait pouvoir, le cas échéant, exercer opportunément l'action.

Toutefois, le contribuable n'est pas démuni de voie de recours contre la décision du Conseil de Préfecture. Si celui-ci a rejeté sa demande ou a gardé le silence pendant deux mois, le requérant peut se pourvoir en Conseil d'Etat.

Ce dernier ainsi saisi, ne fait pas acte de juridiction, mais d'administration. Il a le même pouvoir discrétionnaire que le Conseil de Préfecture, et son silence au bout des deux mois qui lui sont impartis pour rendre sa décision (article 123, § 6) ne vaut pas autorisation tacite de plaider.

Il semble que le recours pour excès de pouvoir soit possible contre le décret ainsi rendu par le Conseil d'Etat (29) : mais l'annulation ne pourra être prononcée que pour inobservation des formalités prescrites et non pour des raisons d'opportunité, ce qui supprime alors toute possibilité de recours de pleine juridiction, en raison du caractère discrétionnaire du refus d'exercer la tutelle administrative. Le contribuable ne peut non plus attaquer la décision du Conseil de Préfecture par la voie du recours pour excès de pouvoir : lathéorie du recours parallèle l'en empêche (30).

SECTION 2. — PORTEE ET EFFICACITE DE L'INSTITUTION

Le but essentiel de l'exercice de l'action prévue par l'article 123 est de donner effet à l'égard de la commune, à la décision qui interviendra (article 123, § 7). Car la commune (article 123, § 7) et la Section de commune (article 10, § 3, ordonnance du 5 novembre 1945) doivent être mises en cause par le contribuable (31). Celui-ci ne représente pas la commune : il est donc nécessaire que la commune puisse veiller à ses intérêts et ne puisse ultérieurement remettre la décision en question.

Car, par l'article 123, ce n'est pas son action qu'exerce le contribuable, mais celle de la commune. On se trouve ici en présence d'un cas unique de la législation française : celui où un simple particulier est reconnu compétent pour gérer les affaires publiques au cas de carence des autorités normalement compétentes.

Il pourrait y avoir là un puissant moyen de coercition. En réalité, il n'est qu'illusoire. Si l'on a vu des contribuables autorisés à exercer l'action de la commune tendant par exemple, à faire expulser un desservant sans titre d'un presbytère (32), à réprimer les anticipations commises sur le domaine de la commune (33), ou faire exécuter l'engagement de simples particuliers d'opérer l'alignement de leur propriété et à abandonner sans indem

(28) V. *supra*, p. 481 n. 18.

(29) Bonnet Saint-Georges : « L'article 123 de la loi municipale et la protection des contribuables communaux ». *Thèse Dijon* 1939, p. 108, *C.E.*, 13 nov. 1931, *S.*, 1933-3-47 n. Laurent et *D.* 1932-3-10, n. J.A.

(30) *C.E.*, 11 juillet 1884. *D.*, 1886-3-9.

(31) La mise en cause peut être réalisée, par exemple, par la signification de l'acte d'appel au représentant en justice de la Commune, Maire ou adjoint s'il y a opposition d'intérêts entre la Commune et le Maire. C. Comptes 2 mai 1910. Pinaud précité. Mais elle est tardive si elle n'est faite pour la première fois qu'en appel : Cv. 18 juillet 1934, *S.* 1934-1-302.

(32) *C.E.*, 6 mars 1908 Bouchat 1120.

(33) *C.E.*, 10 avril 1908 Bouimaud 1120.

nité certaines parcelles de terrain (34), il ne faut pas oublier que l'autorisation donnée par le Conseil de Préfecture est discrétionnaire. Et la procédure à suivre au cas de refus, est beaucoup trop longue, même si elle aboutit, au cas où des mesures rapides seraient nécessaires.

En outre, le contribuable agit à ses frais et risques (article 123, § 1) : on peut exiger de lui la consignation préalable des frais d'instance. De telles formalités ne facilitent pas l'exercice de l'action et expliquent la rareté de l'application de l'article 123 (35).

Si le contribuable n'hésite pas à franchir ce premier cap, il n'est pas dit qu'il puisse réaliser ses ambitions.

La question s'est surtout posée en pratique à propos des recours formés par les usagers des services municipaux. S'agissant des actions de la commune, il ne peut être question que des actions à l'égard des tiers, ce qui exclue toute possibilité d'exercer par l'article 123 une action quelconque sur les services en régie (36). En cette matière, seuls les services concédés pourront être ainsi contrôlés. Or, sur ce point précis, s'il paraît normal que le contribuable puisse, par l'article 123, sanctionner les négligences de la commune à l'égard de son concessionnaire, on peut se demander s'il peut, par cette voie, sanctionner le refus de la commune d'intervenir auprès de son concessionnaire pour que celui-ci accorde au contribuable la prestation à laquelle il a droit, en sa qualité d'usager du service.

Dans un arrêt ville de Bergerac (37), le Conseil d'Etat a rejeté la prétention de cette commune qui demandait une indemnité à son concessionnaire de gaz et d'électricité, pour préjudice causé par ce service à l'ensemble des usagers. C'était ainsi affirmer implicitement que le contrat de concession s'analysait en une stipulation pour autrui qui interdit au stipulant d'agir à l'encontre du promettant. C'était poser, par conséquent, que les droits du concédant et des usagers ne pouvaient se confondre en une même action.

Anisi, l'usager-contribuable et tiers bénéficiaire ne peut utiliser l'article 123 dans le but de faire reconnaître ses droits à l'usage du service : il ne peut donc réclamer à son égard, au nom de la commune, le fonctionnement du service. Le Conseil d'Etat a toujours jugé en ce sens (38). Si, au contraire, ainsi que le fait remarquer M. P. Laroque (39), on voit dans la concession un contrat de droit public conclu en faveur des usagers, la commune a le devoir de s'occuper de l'intérêt collectif comme des intérêts individuels, ce qui fait qu'elle n'exerce que son droit propre lorsqu'elle oblige le concessionnaire à agir en faveur des usagers. Mais cette opinion n'est pas celle du Conseil d'Etat. Par conséquent, le contribuable ne peut demander au nom de la commune que les sanctions contractuelles : déchéance, mise en régie provisoire et dommages et intérêts. L'on a vu même un contribuable demander à exercer, au nom de la commune, l'action en

---

(34) *C.E*, 20 décembre 1908 Pouchard 1120.
(35) Cf. déjà Rolland in *R.D.P.* 1905, p. 140 et s.
(36) Cf. Laroque *op. cit.*, p. 104 et s.
(37) *C.E.*, 6 décembre 1935, *S.*, 1936-3-65 n. P. Laroque Cf *C.E.* 17 juillet 1936 Commune d'Ornans 784 : Considérant... qu'il s'agit de dommages individuellement subis par les abonnés ou candidats à abonnement, qu'ainsi ils ne peuvent donner lieu à réparation au profit de la collectivité ».
(38) *C.E.*, 21 novembre 1890 Cie des Eaux de Nice *S.*, 1892-3-143.
(39) *Op. cit. loc. cit.*

résolution du contrat de concession (40). Mais il s'agit là de sanctions très graves que le juge n'accordera pas en cas de refus individuel de pérestation du service (41). En outre, le juge ne peut prononcer d'astreinte contre le concessionnaire et l'indemnité qu'il est susceptible d'accorder pour préjudice subi par la commune du fait du refus individuel de prestation par le concessionnaire, déjà difficilement évaluable, ne peut être qu'insignifiante.

L'article 123 n'offre donc aux usagers qu'un recours inefficace. La jurisprudence, consciente des imperfecitons de ce texte a essayé d'y porter remède. Elle a d'abord tenté d'étendre le texte. Celui-ci, en principe, offre aux contribuables une protection limitée à la vie juridique de la commune. Pouvait-on l'étendre à la vie financière ? Le contribuable pourrait-il, par exemple, prétendre que la commune a intérêt à demander l'annulation d'une délibération et du contrat préjudiciable qui s'en est suivi ? Si le Conseil Municipal refuse d'agir en ce sens, le contribuable utilisera la voie de l'article 123. Le Conseil d'Etat parut un temps admettre cette extension (42). Mais il fallait toujours l'autorisation du Conseil de Préfecture, et le Conseil d'Etat préféra par la suite investir les contribuables communaux d'une action directe.

Par ailleurs, le Conseil d'Etat cherche à affranchir les contribuables des formalités et des entraves issues de l'article 123. C'est en ce sens qu'il dispense de cette procédure le demandeur qui se prévaut d'un droit personnel indépendant de celui de la commune (43) ou suspendu quant à son existence à celui de la commune (44).

Mais à proprement parler, nous ne sommes plus dans l'hypothèse de l'article 123. Le requérant ne se propose pas, en effet, d'agir au nom de la commune. Il réclame simplement en faveur d'un droit qui lui est personnel, mais dont la reconnaissance dépend de l'étendue des droits de la commune. Le particulier qui fait valoir son droit de jouissance sur un puits communal, exerce une action fondée sur un droit d'usage et non sur le droit de propriété qui appartient à la commune. Celui qui, poursuivi en vertu de l'article 475 - 10° Code Pénal pour avoir fait passer une charrette sur un champ non dépouillé, ni vidé de ses récoltes, demande au juge de dire que ce champ était en réalité un chemin communal sur lequel la commune avait des droits, n'utilise en réalité qu'une action personnelle et non pas celle de la commune.

On ne retrouve pus là trace de cette sorte d'action publique que constitue l'article 123. En fin de compte, cette action reste sous la dépendance étroite de l'autoirté tutélaire. Contre son pouvoir discrétionnaire, les administrés sont sans recours. Et il n'est pas non plus dans leurs possibilités de rendre l'article 123 plus efficace et de l'étendre à d'autres collectivités que les communes (45).

---

(40) *C.E.*, 1907 Baron 1017.
(41) *C.E.*, 30 mars 1928. Société Sud-Electrique 480.
(42) *C.E.*, 4 mars 1887 Mainguet *S.*, 1888-3-135, 23 mai 1890 Siméon 524.
(43) C. Besançon 17 mars 1869. *D.*, 1869-2-46. *C.* Lyon 5 mars 1905, *D.* 1905-2-435.
(44) *C.E.*, 9 décembre 1895, *D.*, 1897-3-19. Req. 3 février 1932-6, *S.* 1932-1-124, 30 avril 1937 *D.H.*, 1937-282.
(45) Précisons que la loi ne prévoit que l'exercice par le contribuable des actions de la Commune et non celle des Etablissements Publics : *C.E.* 30 août 1847 Dumorisson 595.

CHAPITRE II

L'ACTION OBLIQUE EN DROIT PUBLIC

Le droit des contribuables d'exercer au lieu et place de la commune les actions qu'elle néglige d'exercer peut, à première vue, être rapproché de l'article 1166 du Code civil, qui permet aux créanciers d'agir aux lieu et place de leurs débiteurs qui négligent d'exercer les droits qui leur appartiennent.

Par l'action que donne ainsi cet article 1166, les créanciers exercent non leur action propre, mais celle qui appartient à leur débiteur. Tout se passe comme si le droit était mis en mouvement par son véritable titulaire, le débiteur : le défenseur peut opposer tous les moyens de défense, toutes les exceptions qu'il aurait opposées au débiteur. L'action oblique n'est donc pas toujours identique à elle-même, mais se moule sur celle que le débiteur a négligé d'exercer : action en révocation de donation, en réméré, en paiement de dommages et intérêts, etc...

Dès lors que le créancier est muni d'une créance, certaine, exigible (1) et liquide et que le débiteur a refusé ou négligé d'agir (ce qui n'est plus le cas s'il jouit d'un délai), il peut, du moment qu'il a intérêt à agir, utiliser la voie qui lui est offerte par l'article 1166. Il n'est pas nécessaire qu'il soit muni d'un titre exécutoire, car l'action oblique n'est pas une mesure d'exécution (2), ce qui lui évite de mettre le débiteur en demeure. On ne peut lui reprocher, non plus, de n'avoir pas opéré une saisie, l'action oblique n'étant en rien une action subsidiaire (3).

Le créancier possède donc apparemment une bonne garantie de sa créance puisque l'article 1166 l'autorise à exercer tous droits et actions du débiteur, à l'exception des simples facultés (telles celles qui dérivent de l'administration des biens).

Jusqu'à présent, nous n'avons rien rencontré qui ne puisse s'apparenter à l'article 123 de la loi du 5 avril 1884. Cependant, si l'on va plus avant, les différences apparaissent grandes.

En effet, les conditions d'exercice des deux actions sont loin d'être identiques. Alors que le contribuable communal doit obtenir l'autorisation du Conseil de Préfecture agissant comme autorité de tutelle et mettre en cause la commune, le créancier civil n'a pas besoin d'être autorisé par le juge : en vertu de l'article 1166, il est ipso facto subrogé dans les droits de son débiteur (4) qu'il n'est pas obligatoire de mettre en cause dans l'instance (5).

---

(1) Trib. cv. Seine 26 octobre 1936 *D.H.* 1936-564.
(2) Req. 13 janvier 1873. *D.*, 1873-1-151.
(3) Req.7 mars 1933. *D.H.*, 1933-218.
(4) C. Bourges 7 novembre 1900. *D.*, 1902-2-124.
(5) Pratiquement, il est prudent de mettre le débiteur en cause, quand ce ne serait que pour l'empêcher de faire plus tard tierce opposition.

Car l'action oblique fait partie du gage du créancier. Elle a pour but d'empêcher que le débiteur ne compromette ce gage, L'article 1166 est sous la dépendance de l'article 2093, ce qui explique que l'action oblique ne peut porter sur les biens ne composant pas le gage du créancier : c'est-à-dire les droits extra-patrimoniaux, les droits portant sur des choses insaisissables, et les droits exclusivement attachés à la personne (droit de la femme de demander la séparation de biens, faculté d'accepter une donation, réparation du préjudice moral, action en exécution d'une obligation alimentaire (6).

L'action oblique n'est pas une mesure d'exécution, mais elle en constitue une préface ; elle ne peut, en effet, être exercée que lorsque le débiteur n'est pas solvable (7). Si elle appartient au créancier, ce n'est qu'en vertu de son droit de gage sur les biens du débiteur : aussi, ce n'est pas le seul créancier qui a engagé l'action, qui est destiné à en bénéficier, le bien visé et rentré dans le patrimoine du débiteur, faisant en effet partie du gage de tous ses créanciers, ce qui peut aboutir à permettre à l'un d'entre eux, muni d'un titre privilégié, de primer sur ce bien le créancier qui a exercé l'action oblique.

On voit donc par là que l'action oblique ne peut être introduite en droit public que sous toutes réserves.

Dans un arrêt Brenon (8), le Conseil d'Etat avait commencé par en refuser le bénéfice au créancier d'un entrepreneur de l'Etat, motif pris de ce que « les droits et actions qui appartiennent aux entrepreneurs de travaux publics sont exclusivement attachés à leurs personnes et rentrent, par conséquent, dans la catégorie de ceux qu'aux termes de l'article 1166 du Code civil, les créanciers n'ont pas qualité pour exercer, au lieu et place de leurs débiteurs ».

Cette jurisprudence a été totalement renversée par l'arrêt Fauvet (9) : « Considérant que le sieur Fauvet qui a, en qualité de bailleur de fonds, versé à la Caisse des Dépôts et Consignations, pour le compte du sieur Mathey, entrepreneur, le montant du cautionnement afférent au marché passé par l'Etat avec cet entrepreneur, demande que ce cautionnement lui soit remboursé partiellement par l'Etat.

Considérant que le sieur Fauvet n'ayant pas été partie au marché et n'étant pas subrogé, ni conventionnellement, ni judiciairement aux droits de l'entrepreneur vis-à-vis de l'Etat, n'est pas recevable à saisir le Conseil d'Etat de conclusions tendant à faire déclarer l'Etat débiteur à son égard.

Considérant que si le sieur Fauvet entendait simplement exercer contre l'Etat en vertu de l'article 1166 du Code civil les actions appartenant au sieur Mathey en ce qui concerne l'exécution de son marché, il ne pouvait le faire que dans le délai où ce dernier aurait pu lui-même les exercer et que ce délai était expiré quand il a formé son pourvoi ».

---

(6) On discute sur le point de savoir si l'action oblique peut porter sur les actions en nullité de contrat, et sur les actions en dommages et intérêts à raison d'un préjudice matériel : sur ce dernier point cf. Crim. 18 mars 1941 *D.A.*, 1941, J. 247 qui admet l'action oblique.

(7) Req. 13 janvier 1873 précité.

(8) *C.E.*, 10 février 1859. *S.*, 1860-2-635.

(9) *C.E.*, 18 mars 1927. *D.H.*, 1927-275, *S.*, 1927-3-53.

Enfin, la Cour de Cassation vient, elle aussi, de reconnaître cette fois à l'Etat le droit d'utiliser l'action oblique. C'est ainsi qu'il a été jugé (10) que le Trésor public pouvait exercer l'action de l'article 1166 en tant que créancier d'une Banque qui avait négligé d'intenter une action en dommages et intérêts contre son liquidateur amiable qui s'était, à son égard, rendu coupable de détournement de fonds.

Ces arrêts prouvent qu'il y a réception en droit public de l'action oblique. Cependant, il ne s'agit là que d'une réception limitée. L'action oblique n'a été, en effet, accordée qu'à l'Etat contre une personne morale de droit privé et à un créancier à titre privé d'un simple particulier, créancier pour sa part de l'Administration.

Mais l'article 1166 ne doit pas pouvoir être utilisé par un créancier de l'Administration. La jurisprudence n'a jamais eu à notre connaissance, à connaitre de pareille question. On peut affirmer, avec certitude, que sa réponse serait celle que nous indiquons (11).

L'Administration n'est pas, en effet, dans la situation du débiteur de droit privé. Ses biens ne constituent pas le gage de ses créanciers, car il est interdit à ceux-ci d'utiliser contre les pouvoirs publics, les voies d'exécution de droit commun. Or, il n'est pas de gage sans possibilités de le réaliser effectivement. Les entraves dont est entourée l'action des contribuables de la commune, suffisent à elles seules à prouver que l'Administration, en général, n'entend pas qu'il soit donné, même à ses créanciers, le droit d'exercer à son lieu et place ses droits et actions qu'elle se réserve discrétionnairement de mettre en œuvre au moment et dans les conditions voulues par elle.

---

(10) Crim. 18 mars 1941. *D.A.*, 1941 J. 247.

(11) Cf. en ce sens Sainctelette : « Des contrats d'utilité publique ». Revue de Droit international et de législation comparée, 1888, p. 433.

CHAPITRE III

LA PARTICIPATION DES ADMINISTRES A L'EXECUTION D'UN SERVICE PUBLIC

Si l'on met à part l'article 123 de la loi municipale, assez théorique et inefficace, les administrés n'ont pas en principe le droit d'agir au lieu et place de l'Adminstration.

Or, il arrive assez souvent, qu'ils collaborent en fait à l'exécution des services publics, pareille aide ainsi apportée à l'Administration, l'ayant été sur réquisition ou sollicitation, ou même parfois volontairement.

A la suite de cette participation, ils peuvent avoir éprouvé un préjudice. Celui-ci doit-il être indemnisé ? Si oui, sur quelles bases ? En droit privé, il est admis que celui qui a procuré une aide à autrui, doit être indemnisé par celui qui sans le solliciter, a bénéficié de son concours, sauf si la victime a agi sans nécessité. Mais la jurisprudence manque d'unité lorsqu'il s'agit de décider sur quel titre est fondé ce droit à indemnité. Elle fait application tantôt de l'article 1385 du Code civil (1), tantôt de la théorie de la gestion d'affaires (2).

La jurisprudence administrative est-elle plus cohérente ?

Le Conseil d'Etat a toujours admis sans difficulté que les particuliers requis pour prêtr leur concours au service public (article 475-12° C. Pénal), par exemple au cas de lutte contre un incendie avaient droit au cas d'accident, si aucune faute ne leur était imputable à la réparation intégrale du dommage qu'ils avaient subi (3).

La solution a été par contre beaucoup plus controversée en ce qui concerne la réparation des dommages subis par les administrés non plus requis, mais sollicités par l'Administration, ou simplement collaborateurs volontaires, sans aucune réquisition ni sollicitation.

Les simples particuliers sollicités ont répondu à une simple demande de l'Administration : convient-il alors de réparer le préjudice qu'ils ont subi ?

Autant il paraît normal d'indemniser les requis qui ne peuvent se dérober aux ordres de l'Administration, autant il peut

---

(1) Cass. 5 février 1934. *D.H.*, 1934-205. Req. 19 janvier 1938. *D.H.* 1939-148 C. Agen 28 janvier 1935 *D.H.* 1935-218. Moulins 16 décembre 1941. *G.P.* 1942, I. 84.

(2) Trib. Com. Seine 3 janvier 1900 *D.*, 1913-2-345 et 1er avril 1936 *G.P.* 1936-1877. C. Bordeaux 21 juillet 1932 *D.H.* 1933 Somm. 19, cf. Lalou: « Traité Pratique de la Responsabilité Civile » 3° édit. n° 361-366-1114-116. Mazeaud : « Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité civile » 3° édit. T. 2, n° 1499. Savatier: « Traité de la Responsabilité civile ». T. 1. n° 103-129

(3' *C.E.*, 5 mars 1943 Chavat, *S.*, 1943-3-40, 2 février1944 Commune de St-Nom-la-Bretèche 40.

paraître inopportun d'agir de même à l'égard de ceux qui ont été simplement sollicités. Cela peut, en effet, encourager n'importe quel individu non techniquement qualifié à collaborer au fonctionnement d'un service public, alors que cela peut n'être nécessité, ni par la carence de l'Administration, ni par l'urgence. Il semble préférable de s'en tenir à l'énumération de l'article 475 du Code Pénal, qui prévoit la coopération obligatoire des particuliers au cas de sinistres divers.

Mais cette thèse trop sévère, qui ne tient pas compte des nécessités de l'entr'aide, et trop jalouse des prérogatives de compétence de l'Administration, n'a jamais été appliquée strictement par le Conseil d'Etat. Celui-ci décidait seulement qu'il n'y avait droit à indemnité que dans le cas où une faute lourde pouvait être reprochée à l'Administration, tant s'il s'agissait de participation à la lutte contre un incendie (4) que s'il s'agissait de l'acceptation par un particulier de tirer un feu d'artifice à une fête locale (5). En outre, le Conseil d'Etat posait deux conditions supplémentaires : le particulier devait avoir été sollicité par l'Administration et n'avoir commis aucune imprudence.

Cette exigence d'une faute lourde à la charge des pouvoirs publics est assez choquante. Car c'est l'Administration qui a fait le premier pas : l'aide qui lui a été apportée, non seulement elle l'a sollicitée, mais encore elle a été utile à tous. Il n'est pas juste que le particulier qui, du fait de cette coopération a subi un préjudice, le supporte définitivement. Il a agi sur la demande et dans l'intérêt de la collectivité : il est juste que celle-ci, par application du principe de l'égalité de tous devant les charges publiques, répare ce préjudice.

On peut objecter que le particulier simplement sollicité n'était pas tenu d'agir. Compte tenu du fait qu'il n'a pas commis d'imprudence, il est toutefois possible de lui laisser à charge une partie de la réparation, étant donné qu'en acceptant d'intervenir, il a par cela même accepté certains risques.

Un récent arrêt du Conseil d'Etat vient de substituer à la théorie de la responsabilité pour faute lourde, celle de la responsabilité fondée sur le principe de l'égalité de tous devant les charges publiques. Par l'arrêt commune de Saint-Priest-la-Plaine (6), le Conseil d'Etat, sans relever aucune faute à la charge de cette commune, a décidé qu'elle était tenue de réparer le dommage subi par deux individus qui, à la demande du Maire, avaient accepté de tirer un feu d'artifice, assurant ainsi « l'exécution du service public dans l'intérêt de la collectivité locale » et qui avaient été blessés par l'explosion prématurée d'un engin.

Cet arrêt a été rendu sur appel formé par la commune contre la décision du Conseil de Préfecture de Limoges, qui l'avait déjà condamnée, en laissant toutefois une part de responsabilité aux particuliers victimes du dommage (7).

---

(4) *C.E.*, 3 avril 1936 Vve Didierjean *D.H.* 1936-355, 27 octobre 1937 Commune de Vieux-Moulin 867, 21 décembre 1938 Bertoniche 969, 16 juillet 1941 Carli 134, 30 septembre 1942 Commune de Coudray Saint-Germer 268.

(5) *C.E.* 21 novembre 1929 Charles 1011, 22 octobre 1943 Sarda. *S.* 1944-3-19.

(6) *C.E.*, 22 novembre 1946, *S.* 1947-3-105 n. F.P.B., *D.* 1947 J. 375 n. Blaevoet.

(7) *C.P.* Limoges 2 janvier 1943. Recueil de jurisprudence et d'études administratives 1943 n° 3, p. 170.

Faut-il voir là, ainsi que l'affirme M. Benoît (8) la confirmation sur tous les points de l'arrêté du Conseil de Préfecture de Limoges ? Le Conseil d'Etat a-t-il admis par cela même le principe du partage des responsabilités lorsqu'un individu a été sollicité par l'Administration de coopérer à l'exécution d'un service public ?

Dans un arrêt Favre, antérieur à la décision que nous venons de rapporter, le Conseil d'Etat avait déjà fait appel à la théorie du risque pour accorder une indemnité à l'individu qui avait été blessé en participant à la lutte contre un incendie ; mais il lui avait reconnu un droit à réparation intégrale.

M. Benoit (9) explique cette décision, et cette contrariété de décisions, en disant que dans l'espèce Favre, l'individu se trouvait dans une hypothèse où selon les termes de l'article 415 du Code Pénal, il aurait pu être requis. Or, en la matière des réquisitions, le préjudice est totalement compensé ; il est donc juste qu'il en soit fait autant lorsqu'on se trouve dans le cas où la réquisition aurait pu être prononcée.

Il est vrai que la réquisition peut être faite sous n'importe quelle forme. Le Conseil d'Etat a vu une réquisition dans la simple demande de deux agents de police de les aider à empêcher une personne de se suicider (10) : les particuliers ainsi sollicités ayant subi un accident et n'ayant commis aucune imprudence, le Conseil d'Etat leur accorde la réparation intégrale du préjudice subi.

Mais dans l'espèce Favre, il n'y a pas eu réquisition : Le Conseil d'Etat s'est refusé à voir une réquisition dans l'appel par le tocsin. Il y eut donc simple sollicitation. On ne voit pas à priori, pourquoi la réparation ne serait pas intégrale dans toutes les hypothèses de sollicitation. Dans l'espèce Favre, le particulier aurait pu être requis. Mais il aurait pu aussi ne pas répondre à l'appel du tocsin. Pourquoi donc indemniser plus largement celui qui ne fait qu'obéir aux ordres et non celui qui prend lui-même la décision d'apporter son aide à la collectivité ? Il peut être parfois plus dangereux de tirer un feu d'artifice que de faire passer des seaux d'eau pour combattre un incendie.

La thèse de M. Benoit est fort subtile. Est-elle celle du Conseil d'Etat ? M. Benoit l'affirme. Or, si nous lisons l'arrêt Commune de Saint-Priest-la-Plaine, nous voyons que le Conseil d'Etat a simplement rejeté l'appel de la commune, condamnée à indemniser partiellement. La commune ne demandait certes pas à indemniser intégralement. Bien au contraire, puisqu'elle désirait être dégagée de toute responsabilité. Le Conseil d'Etat n'a donc pas eu à juger des prétentions des individus collaborateurs occasionnels. Rien ne nous autorise à dire qu'ils se jugent satisfaits de la décision du Conseil de Préfecture de Limoges. Et surtout à affirmer que le Conseil d'Etat a confirmé celle-ci sur un point dont il n'avait pas à connaître.

Par ailleurs, à consulter la jurisprudence antérieure du Conseil d'Etat, il apparaît que la théorie soutenue par M. Benoit n'est pas celle de la Haute Juridiction.

En effet, lorsque le Conseil d'Etat accordait, en raison d'une faute lourde commise par l'Administration, une indemnité aux

(8) n. au *S.* 1947-3-105 et 106.
(9) N. sous *C.E.*, 30 novembre 1945 Favre *S.* 1946-3-37.
(10) *C.E.*, 15 février 1946 Ville de Senlis, *S.*, 1946-3-46.

individus qui, sollicités par elle, avaient par exemple participé à l'exécution d'un feu d'artifice et avaient été blessés lors de cette opération, il n'accordait une réparation partielle que lorsqu'il était prouvé que la victime avait commis une imprudence en accédant à la demande des autorités (11).

Pourquoi en serait-il autrement lorsque la responsabilité de l'Administration n'est plus fondée sur la faute, mais sur le risque ? N'y a-t-il pas quelque chose d'immoral, à moins réparer le préjudice subi par l'individu qui a répondu à une sollicitation, que celui subi par l'individu qui a obéi à une réquisition ?

Aussi, estimons-nous que le système de la réparation intégrale doit être de règle en toute hypothèse. Surtout ajouterons-nous si l'administré a participé volontairement à l'exécution d'un service public, alors qu'il n'a été l'objet, ni d'une réquisition, ni d'une sollicitation.

Le Conseil d'Etat avait cependant primitivement décidé qu'aucune indemnité ne devait venir réparer le préjudice subi par un sauveteur volontaire lors de la lutte contre un incendie. Le doyen Hauriou avait très vivement combattu cette jurisprudence (12) : l'Administration, en effet, n'a qu'à s'opposer à pareille aides bénévoles si elle les estime dangereuses.

Aussi, le Conseil d'Etat se reprit par la suite et accorda une indemnité « sans qu'il soit besoin de rechercher si le sieur Loobuyck agissait en qualité de sauveteur volontaire ou à la suite d'une réquisition de la gendarmerie » (13).

C'est évidemment là encore une décision basée sur la faute lourde de l'Administration. Mais il y a tout lieu de croire qu'il en serait de même à l'heure actuelle avec la théorie du risque, que les individus aient agi sans réquisition ni sollicitation, dans un cas où ils auraient pu être légalement requis ou dans un cas où aucune réquisition n'était possible, à la condition, bien entendu, dans cette dernière hypothèse que l'Administration ait eu connaissance et accepté cette participation (14).

La participation des simples particuliers à un service public peut donc entraîner la responsabilité de l'Administration. Mais celle-ci n'implique pas en tant que telle un droit des particuliers à se mêler des affaires administratives. Ces simples particuliers ont simplement apporté leur aide, leur concours. Ils n'ont pas cherché à suppléer l'action administrative.

Il en serait autrement s'ils prouvaient que leur participation était due à la carence des autorités publiques et que celles-ci ont profité de cette action. A ce moment-là, à l'appui de leur demande en indemnité, les simples particuliers n'invoquent plus les dommages subis, mais l'utilité de l'opération par eux entreprise, sinon leur droit à l'entreprendre. Mais c'est alors un autre problème qui se pose : celui de la collaboration des administrés qui ont suppléé la carence administrative, problème que nous allons maintenant étudier.

---

(11) *C.E.*, 21 novembre 1929 Charles 1011.
(12) N. sous *C.E.*, 7 février 1925. Espitalier. *S.*, 1927-3-105.
(13) Arrêt commune de Coudray Saint-Germer précité.
(14) En tout état de cause la responsabilité à l'égard des tiers de l'Administration qui a accepté la participation à l'exécution du service public de simples particuliers, à titre de requis, de sollicités ou de volontaires, est toujours engagée selon les règles du droit commun, et reste administrative bien que l'acte dommageable ait été commis par de simples particuliers : *C.E.*, 26 nov. 1931. Brisset 1034, 27 mars 1935 Bissière 403.

CHAPITRE IV

LA COLLABORATION PAR SUPPLEANCE

C'est le phénomène de collaboration le plus fréquent, en même temps que, ou parce que, le plus utile aux simples particuliers. Mais non pas seulement à ceux-ci : car il arrive très souvent que des fonctionnaires, malgré les conditions imposées à leur activité, accomplissent des travaux ou prennent des décisions, certainement irrégulières, mais cependant utiles à l'intérêt public.

Or, sous réserve que certaines conditions soient remplies ou que certaines circonstances soient réunies, les actes ainsi accomplis par de simples particuliers ou par des fonctionnaires incompétents, sont néanmoins attribuables et imputables à l'Administration pour le compte de laquelle ils sont censé avoir été faits. En conséquence, les actes irréguliers sont maintenus et les frais occasionnés par l'exécution des travaux sont remboursés (1).

Il y a là un moyen très efficace de suppléer la carence de l'Administration. Néanmoins, il ne s'agit pas d'un procédé général. Les conditions mises à son emploi par la jurisprudence — car la matière, faute de textes, est exclusivement l'œuvre de la jurisprudence — sont très strictes, de façon à éviter une trop grande ingérence d'individus non qualifiés dans l'activité administrative.

On a essayé de systématiser cette jurisprudence, de fonder sur un principe unitaire le droit des tiers à suppléer l'Administration. Les théories civilistes de la gestion d'affaires et de l'enrichissement sans cause, la théorie publiciste des fonctionnaires de fait ont été proposées par les auteurs ; aucune à notre sens ne rend compte de la jurisprudence. Le Conseil d'Etat utilise, en effet, une théorie de l'enrichissement sans cause, voisine de la théorie civiliste, mais présentant d'assez grandes différences pour que l'on soit obligé d'y voir une théorie « sui generis » propre au droit public.

Toutefois, il sera nécessaire auparavant de se livrer à l'étude de la gestion d'affaires et de la fonction de fait : nous verrons que la première explication est, en tant que telle, incompatible avec les principes généraux du droit administratif et que la seconde ne suffit pas à expliquer et à justifier toutes les solutions de la jurisprudence.

SECTION 1. — LA GESTION D'AFFAIRES EN DROIT PUBLIC

Il n'est pas utile d'insister longuement sur les impatiences causées par la négligence, l'inertie ou la mauvaise volonté de l'Administration dans l'accomplissement de ses tâches. Aussi,

(1) Il se pose aussi le problème de savoir quelle est la situation personnelle du simple particulier ou du fonctionnaire à l'égard du statut de la fonction publique : nous avons vu (*supra* p. 248) que personne ne pouvait s'imposer comme fonctionnaire à l'Administration.

les particuliers peuvent-ils être tentés d'exécuter par eux-mêmes ce que les autorités publiques se refusent à faire. Mais en ont-ils le droit ?

Le droit civil accorde aux individus qui se sont immiscés dans les affaires d'autrui, qui ont géré les affaires d'autrui, en accomplissant des actes juridiques ou matériels, le droit d'être indemnisés de leurs débours.

Mais le droit de gérer les affaires d'autrui exige que le géré n'ait pas été mu par un sentiment égoïste et que le maître de l'affaire ait profité de sa gestion.

Si l'on peut considérer que la caractéristique fondamentale de la gestion d'affaires est d'être la poursuite d'une fin altruiste, il ne faut pas croire cependant que soit un obstacle à la gestion d'affaires, l'intention du gérant de gérer dans son intérêt, en même temps que dans celui du maître de l'affaire (2).

L'essentiel est que celui-ci ne s'oppose pas à une pareille gestion qui doit simplement suppléer à un empêchement ou à une négligence. Toutefois, la ratification peut être tacite : le locataire qui a su que son loyer était payé en son nom par les membres de sa famille pendant plus d'un an, doit être considéré comme ayant accepté le congé, donné en son nom, contre lequel il n'a jamais protesté (3).

Les précautions étant prises pour empêcher l'action d'individus trop « intéressés », il ne faut pas croire cependant que la gestion d'affaires puisse jouer à l'égard de toute activité privée : il semble bien que les droits extra-patrimoniaux ne puissent être gérés par autrui (4).

De cela, on est bien obligé de déduire qu'il n'est pas permis à chacun de se mêler de toutes les affaires d'autrui. La gestion d'affaires paraît simplement n'être qu'une application de la maxime selon laquelle toute peine mérite salaire.

La gestion, en effet, ne présuppose pas un intention libérale, mais altruiste, ou si l'on préfère bienveillante. C'est un acte à titre onéreux, qui implique le droit du gérant de rentrer dans ses débours, à condition que sa gestion ait été utile (5). Celle-ci a abouti à créer entre le gérant et le maître de l'affaire des liens d'une nature très spéciale qui obligent le maître de l'affaire à :

— remplir les engagements du gérant, contractés en son nom ;
— indemniser le gérant de tous les engagements personnels qu'il a pris ;
— lui rembourser toutes les impenses utiles ou nécessaires, évaluées au jour où elles ont été faites.

Par contre, le maître de l'affaire a le droit d'exiger que le gérant achève sa gestion, étant entendu que le gérant doit gérer comme un bon père de famille.

La gestion d'affaires, née d'un fait, valable malgré l'absence de tout élément consensuel, crée tout un ordre de relations réciproques aboutissant, en fin de compte, à l'établissement d'une sorte de statut.

---

(2) Req. 18 juin 1872. *D.*, 1872 L. 47 cf. Picard: Revue Trimestrielle de droit civil, 1921, p. 23. A noter aussi que la gestion peut être involontaire, avoir été accomplie à l'insu du gérant : Req. 1 6juillet 1890. *D.*, 1891-1-40.

(3) Soc. 11 juillet 1946, *J.C.P.* 2946-IV-229.

(4) Rouast: Rev. Trimestrielle de droit civil 1922. Maury: « Essai sur la notion d'équivalence », T. 2, *Thèse Toulouse* 1920.

(5) C. Paris, 29 mars 1946, *D.*, 1946-J-227.

Peut-on, dès lors, souhaiter qu'un pareil statut puisse régler les rapports des administrés et de l'Administration ? Celle-ci est, nous l'avons vu, souvent négligente ; par ailleurs, elle doit « politiquement » accomplir certains travaux que « juridiquement » l'on ne peut l'obliger à faire. La gestion d'affaires, admise au cas de négligence ou de carence caractérisée, remédierait à un tel état de choses.

Mais ne serait-ce pas un moyen détourné de forcer l'Administration à agir, pénétrant ainsi dans cette zone de pouvoir discrétionnaire qu'elle défend jalousement ?

Une certaine doctrine ne voit aucun inconvénient à ce que soient appliquées les règles de la gestion d'affaires, telles qu'elles résultent de l'article 1372 du Code civil. Selon elle, en effet, c'est le juge et, le plus souvent, le juge administratif, qui sera chargé de décider s'il y a lieu à appliquer la gestion d'affaires : il y a là une idée de collaboration constante du magistrat et du citoyen en vue du bien public, chère au doyen Hauriou (6), aux dires duquel l'Administration a tout intérêt à voir ses droits protégés par les administrés, dont l'aptitude à gérer les affaires publique est par ailleurs consacrée par l'institution des Associations Syndicales qui œuvrent bien en vue de l'intérêt public. Il est, en outre, équitable — et la notion d'équité n'empreint-elle pas tout le droit public (? !) — affirme le doyen Hauriou, de rembourser les administrés de leurs débours, car l'Administration a « moins dépensé » en organisant défectueusement le service public. La seule limite apportée à la gestion d'affaires, serait son inapplication aux actes de puissance publique, ce qui pourrait à la rigueur, correspondre à l'exclusive prononcée contre l'application de la gestion d'affaires aux droits extra patrimoniaux par les civilistes (7).

Contre cette thèse favorable à l'introduction de la gestion d'affaires en droit public, on a d'abord fait valoir qu'elle était contraire aux règles sur la comptabilité publique (8).

En vertu de ces règles, en effet, l'Administration ne peut opérer des paiements que dans la limite des crédits budgétaires. Mais c'est oublier qu'une dette publique n'est exécutoire que lorsqu'elle a été régulièrement inscrite au budget de l'Administration intéressée. En fin de compte, une pareille théorie aboutirait à repousser toutes les dettes délictuelles ou quasi délictuelles. Si l'on admet cependant que le budget est un acte destiné, non seulement à habiliter in fine le payeur, mais l'administrateur ab initio, on pourrait décider d'écarter la gestion d'affaires, afin de ne pas grever le budget à l'excès. Toutefois, les hypothèses de gestion d'affaires sont assez rares pour que pareils inconvénients ne soient pas à redouter.

---

(6) N. au *S.* 1895-1-185.

(7) La thèse favorable à l'introduction de la gestion d'affaires en droit public a été soutenue, outre Hauriou dans son Précis de Droit Administratif 10e édit., p. 344, n. 1 et p. 389. par les auteurs suivants : Parmi les civilistes Demolombe (XXXI. n° 100 bis). Larombière (Théorie et pratique des obligations sous art. 1375, n° 23). Laurent (Droit civil français T. 20, n° 339. Aubry et Rau (T. 9, p. 363 et note). Parmi les publicistes, Ducrocq (Cours de Droit Administratif 7e édit. T. 6 n. 2353, p. 378). Berthélémy (Traité de droit administratif 9e édit., 576). Mestre « Gestion d'affaires et enrichissement sans cause en droit public ». Rec. Légis. Toulouse 1913, p. 148.

(8) Marqués di Braga et Lyon. Report adm. Bequet T. 6, p. 439.

(9) N. au *S.* 1895-1-185.

L'erreur de cette argumentation qui, ainsi que l'avait dit le doyen Hauriou, faisait rétrograder le droit à l'époque du formalisme le plus vétuste (9), était de confondre les règles de comptabilité et de fond. Car le juge des comptes juge les comptes et ne s'occupe pas des origines de la dette (10). Qu'un individu ou un fonctionnaire soit déclaré comptable de fait, n'implique aucunement qu'il a fait une dépense utile qui doive lui être remboursée par l'Administration. Par l'arrêt Sapor (11), le Conseil d'Etat déclara que le comptable de fait, ayant agi comme gérant d'affaires, devait s'adresser, non pas à la Cour des Comptes, mais à la juridiction compétente, pour qu'il soit statué sur l'utilité de cette gestion. S'il en était autrement, la Cour des Comptes ne devrait examiner que les gestions de fait qui seraient des gestions d'affaires, ce qui restreindrait fortement sa compétence, car toutes les gérances de fait ne sont pas des gérances d'affaires ; de plus, elle ne devrait contrôler que les actes accomplis par le comptable lui-même, alors qu'en fait, elle va plus loin et recherche tous ses complices (12).

Aussi, a-t-on mis en avant d'autres arguments relatifs, non plus à des règles de forme, mais à des règles de fond.

Les individus, a-t-on dit, ne sont pas aptes, en tant que tels, à remplir un rôle administratif, à gérer les affaires publiques : qu'il y ait des Associations syndicales, ne prouve rien en leur faveur, car elles n'existent qu'en fonction d'un texte, qu'en vue d'un objet précis et il n'est pas dit qu'elles aient convenablement rempli leur mission.

Cependant, le développement du contentieux administratif montre par ailleurs, que les administrés ont de plus en plus un droit de regard sur l'activité administrative. Pourquoi ne seraient-ils pas admis à suppléer l'Administration quand elle s'avère manifestement négligente ?

Il n'y aurait pas atteinte à la séparation des pouvoirs, car le juge n'enjoindrait rien à l'Administration, mais se contenterait de constater qu'un droit à indemnité est né au profit du requérant en raison d'une gestion utile. Il juge de la validité d'actes accomplis et non d'actes à accomplir. La gestion d'affaires pourdait ainsi convenir à l'Administration puisqu'elle y puiserait le droit de contrôler cette gestion en ordonnant, au besoin, la continuation de l'entreprise commencée. Elle ne saurait, enfin, lui nuire puisqu'elle ne serait amenée à verser une indemnité qu'au cas de gestion utile. Michoud (13), qui voyait là une atteinte possible à l'indépendance de l'Administration, voulait qu'il lui fut permis de décider elle-même ce qu'elle devrait rembourser : mais

---

(10) *C.E.* 8 avril 1892 Commune de Gentilly 431, cf *D.* 31 mai 1862 art. 25 portant règlement général sur la comptabilité publique, art. 812 Instruction générale 20 juin 1859, *L.* 25 février 1943 et *D.* 10 mai 1946 (*J.C.P.* 1946-III-11022) sur les gestions occultes, cf. P. Chrétien *op. cit.* Du contrôle des finances locales. *Thèse Strasbourg-Clermont-Ferrand* 1941, p. 73 et s.

(11) *C.E.*, 7 mai 1909. Concl. Teissier. R. Sc. et Légis. Fin 1910, p. 216 sur l'hétérogénéité du droit fiscal par rapport au droit commun, v. en ce qui concerne les rapports de la comptabilité de fait et d'une relaxe pénale en matière de malversation, Lavigne n. sous *C.E.* 15 février 1946 Brunet *S.* 1947-3-35.

(12) On trouve cependant quelques arrêts aberrants de Conseils de Préfecture qui juges des comptes ont apprécié eux-mêmes l'utilité des dépenses faites : cf. sur ce point B. Geny « La collaboration des administrés », p. 118 et s.

(13) « De la gestion d'affaires appliquée aux sérices publics », *R.G.A.* 1892-2, p. 5.

le juge ne porte pas plus atteinte à cette indépendance en fixant une indemnité, qu'en évaluant les dommages et intérêts nés d'une responsabilité délictuelle et quasi délictuelle.

On ne peut dire que la gestion d'affaires a pour but de violer les règles de procédure et de tourner les lois, car en la matière, la méconnaissance des lois est dûe très souvent à la bonne foi des particuliers et peut n'avoir en vue que l'utilité de l'Administration. Il serait très facile de refuser le bénéfice de la gestion d'affaires aux individus de mauvaise foi, et de l'accorder, dans le cas contraire : car le plus souvent l'Administration, qui en aura retiré un profit, ne pourra se plaindre de la violation de formalités, uniquement stipulées dans son intérêt.

Rien n'interdit donc, a priori, l'admission de la gestion d'affaires en droit public. Mais, en fait, la juristrudence paraît s'y opposer en ayant toutefois — surtout la jurisprudence civile — marqué pas mal d'hésitations à refuser d'adopter l'institution.

La jurisprudence civile avait commencé dans des arrêts très anciens, à repousser l'application de la gestion d'affaires en droit administratif. C'est ainsi que la Cour de Cassation avait décidé qu'un emprunt émis par une Fabrique en vue de la reconstruction d'un presbytère, ne l'avait pas été valablement en raison d'un défaut d'autorisation et, qu'à ce titre, l'autorité judiciaire était incompétente pour en apprécier l'utilité (14). Elle en avait décidé de même dans une autre affaire, étant donné qu'il y avait eu opposition du maître de l'affaire (15).

Toutefois, on pouvait voir là une amorce de l'admission de la gestion d'affaires, au cas où il n'y aurait pas eu opposition du maître de l'affaire. Par ailleurs, les tribunaux et Cours d'appel se montraient moins rigoristes, reconnaissant par exemple un droit à indemnité à un particulier qui, sans l'autorisation du Maire, avait fait exécuter la fonte et la mise en place d'une cloche (16).

Les évènements de la guerre de 1870 devaient précipiter l'évolution, dans un sens très favorable, à l'admission de la gestion d'affaires. En de très nombreuses communes, les habitants avaient été collectivement frappés d'amendes et de réquisitions qui, normalement, incombaient aux communes contre lesquelles, plus tard, ils se retournèrent pour être dédommagés des charges qu'ils avaient dû supporter à leur place. Si parfois les tribunaux firent appel à la notion de gestion d'affaires pour indemniser les requérants (17), ils firent aussi et souvent allusion à la théorie du mandat et même aux règles du contrat de société (18).

Car le problème était posé, non pas tant entre les habitants et la commune personne administrative, qu'entre les habitants et la commune considérée comme universalité des habitants (19). De plus, en matière de gestion d'affaires, le gérant doit avoir agi librement : or, en l'espèce, il s'agissait de réquisitions ennemies. Ainsi qu'il le fut proclamé par certains tribunaux, le problème paraissait bien plus tôt relever de la théorie de l'enrichissement

(14) Cv. 18 juillet 1860. *D.*, 1860-1-309.
(15) Cv. 5 juillet 1870 *D.*, 1871-1-42.
(16) Dijon 12 mai 1863. *D.* 1863-2-43.
(17) Req. 20 avril 1874-1-239, *S.*, 1874-1-293, 31 mars 1874, *D.*, 1874-1-272. Trib. cv. de Gray 28 août 1871, *S.*, 1871-2-76.
(18) Cass. 25 maés 1874, 14 mai 1874, *D.*, 1874-1-239 lt 261, 13 mai 1873, *D.*, 1874-1-269.
(19) N. Mestre au *S.* 1921-1-5

sans cause (20) : néanmoins, nonobstant le défaut de gérance spontanée, la Cour de Cassation persista à affirmer qu'il n'y avait pas lieu d'écarter l'application de l'article 1375, mais au contraire, une raison de plus « d'appliquer à la cause le principe d'équité et de justice, consacré par cet article » (21). Ce qui était précisément et inconsciemment dire que ce n'était pas la disposition légale que l'on appliquait, mais le principe plus large qui y présidait et sur lequel était tout aussi bien fondée la théorie de l'enrichissement sans cause.

Aussi, n'est-il pas étonnant de voir combien la jurisprudence civile est flottante. Lorsqu'elle fait intervenir la gestion d'affaires, même lorsqu'elle précise que le procédé ne doit pas être employé irrégulièrement, on doit noter que le gérant a agi surtout pour retirer un profit de l'opération : exécutions de contrats non autorisés ou expirés, qui, si elles ont profité à l'Administration, avaient été opérées dans le but essentiel de rendre service aux intéressés (22).

Ceci explique que la jurisprudence judiciaire a fait aussi appel à l'enrichissement sans cause pour justifier le droit à indemnité du requérant lorsque les fournitures irrégulières faites ne correspondaient pas à une dépense obligatoire (23), ou même à la simple responsabilité de la puissance publique lorsqu'un particulier a obéi à l'ordre donné par l'Administration d'obtempérer à une réquisition ennemie (24).

Ces hésitations, ces repentirs de la jurisprudence judiciaire s'expliquent si l'on veut bien considérer le très syybillin arrêt Maroué, rendu par la Cour de Cassation le 6 juin 1893 (25). Il s'agissait d'u'n emprunt irrégulier fait par le desservant d'une commune pour la reconstruction du presbytère. Ses héritiers avaient intenté une action pour obtenir le remboursement des sommes avancées. La Cour de Cassation cassa la décision de la Cour l'Appel qui avait reconnu aux requérants un droit à indemnité, fondé sur la gestion d'affaires. Etait-ce là la négation de l'application de la gestion d'affaires en droit public, la reconnaissance de l'incompétence du juge à apprécier l'utilité des travaux faits pour le compte de l'Administration et à passer outre aux règles impératives du droit administratif, comme c'était le cas en matière d'emprunts émis par les fabriques ? Ou bien la Cour de Cassation avait-elle seulement spécifié son incompétence, s'agissant de la construction d'un ouvrage public ? La jurisprudence ultérieure paraît avoir confirmé cette dernière interprétation.

Dans un récent arrêt, la Cour de Cassation vient, en effet, de décider que les tribunaux judiciaires sont incompétents pour apprécier l'utilité d'un travail accompli pour une collectivité publique (26). Mais ce n'est pas dire que là où les tribunaux sont compétents en matière administrative, ils doivent nécessairement écarter l'application de la gestion d'affaires.

On est seulement autorisé à constater que l'attitude de la jurisprudence judiciaire manque de netteté et de constance.

---

(20) C. Nancy 22 mars 1873, *D.* 1873-2-141.
(21) Cass. 5 juillet 1875, *S.*, 1875-1-362.
(22) Cass. 15 juillet 1873, *S.*, 1874-1-30, 19 décembre 1877, *S.* 1878-1-57, 12 décembre 1881, *S.*, 1882-1-393.
(23) Cass. 24 octobre 1910, *S.*, 1912-1-209.
(24) Cass. 24 juillet 1928, *D.*, 1929-1-81 n. Waline.
(25) *D.* 1893-1-385, *S.*, 1895-1-185.
(26) Req. 23 juin 1947, *S.*, 1947-1-149 rapport Castets.

La jurisprudence administrative nous permet-elle, au contraire, de nous faire une idée plus précise ?

Force nous est de constater qu'elle est, comme à son habitude, aussi peu explicite que possible. Si certaines décisions du Conseil d'Etat paraissent utiliser (le plus souvent sans le dire (27), la notion de gestion d'affaires (28), on est obligé de reconnaître que le Conseil d'Etat n'a pas choisi entre la gestion d'affaires et l'enrichissement sans cause, tels qu'ils résultent du droit privé, « mais s'est référé aux principes très généraux qui dominent l'une et l'autre » (29).

En effet, le Conseil d'Etat a eu à se prononcer sur des cas d'espèces ayant trait aux situations issues de l'exécution, soit de travaux non prévus dans les marchés de l'Administration (jurisprudence dite des travaux supplémentaires), soit des contrats irrégulièrement conclus, mais exécutés de bonne foi. Or, dans ces hypothèses, on ne peut prétendre que les fournisseurs de l'Administration aient eu en vue l'intérêt de l'Administration : en se croyant autorisés à poursuivre certains travaux et contrats, ils ont surtout pensé à leur profit personnel. Peut-il d'ailleurs en être autrement, du moment que l'activité administrative ne s'exerce que pour rendre service au public ? Aussi, ne sont-ils remboursés que dans la mesure où leur entreprise s'est révélée nécessaire et profitable à l'Administration. De plus, ce profit est évalué au jour où la demande en justice est faite, alors qu'en droit civil, le gérant a droit au remboursement du total des dépenses évaluées à l'époque des travaux (30), même si l'enrichissement avait disparu au jour de l'action en justice : au contraire, le Conseil d'Etat décide que le droit au remboursement n'existe plus si les travaux ne présentant aucune utilité pour l'Administration, il a été, par la suite, ordonné la démolition de l'ouvrage exécuté (31). Si les travaux sont jugés utiles, l'indemnisation n'est pas seulement calculée d'après les débours du gérant, mais d'après le profit qu'en retire l'Administration ; lorsqu'il s'agit de travaux supplémentaires le juge administratif, se contente d'accorder une rémunération conforme au tarif de base prévu par le contrat.

Enfin, il n'est pas besoin d'attribuer à l'Administration les pouvoirs du maître de l'affaire pour exiger la continuation de la gestion. La question ne s'est jamais posée à notre connaissance en jurisprudence, mais il nous paraît que l'Administration n'aurait qu'à utiliser pour parvenir à ses fins les pouvoirs qu'elle détient, tant en vertu de ses droits de surveillance sur l'exécution des contrats administratifs, qu'en vertu de ses droits de puissance publique.

Aussi, faut-il tenter de donner une autre explication à cette jurisprudence. On peut remarquer que très souvent, les actes de

---

(27) V. cependant *C.E.*, 28 juillet 1911 de la Guérinière. 933.

(28) *C.E.*, 9 décembre 1892 Commune de Brantes, *D.*, 1894-3-12, 3 juin 1892 Guenepant, *D.*, 1893-3-85, 15 novembre 1912 Sergent 1059.

(29) Mestre *op. cit.*, p. 105.

(30) V. *C.E.*, 25 mars 1942 Veuve Bastit 92 où il est parlé de gestion de fait d'un concessionnaire après la fin d'une concession — mais s'il ne lui a été reconnu qu'un droit au remboursement des dépenses engagées, c'est parce qu'il ne résultait pour l'Administration aucun profit de cette gestion. On peut y voir un enrichissement en moins dépensant de l'Administration calculé d'après les dépenses qu'elle aurait dû assumer si elle avait géré le service.

(31) *C.E.*, 19 avril 1860 commune de Gonnard 338.

gestion sont accomplis par des fonctionnaires n'ayant pas respectés certaines formalités relatives à l'exercice de leur compétence ; ou par des particulirs ayant traité avec des fonctionnaires dans des conditions irrégulières, mais qui ne permettent pas de suspecter leur bonne foi.

Ne pourrait-on pas alors prétendre que tous ces actes, bien qu'irréguliers, doivent être maintenus, parce qu'ils ont apparence d'actes réguliers et, comme eux, tendent à un but d'utilité publique ? D'une part, il peut être utile au point de vue social de ne pas annuler tous les actes irréguliers ; d'autre part, il n'est pas juste de pénaliser les simples particuliers qui, de bonne foi, ont cru traiter avec une autorité compétente ou régulièrement habilitée.

La théorie de la fonction de fait va-t-elle nous donner la solution du problème ?

SECTION 2. — LA THEORIE DE LA FONCTION DE FAIT

Cette théorie, ainsi que l'a précisé M. Jèze, qui fut le premier à en donner un aperçu synthétique (32) se propose de donner une solution aux deux problèmes suivants : qu'advient-il des actes accomplis en temps normal par des individus ne remplissant pas les conditions légales, qui se conduisent en fait comme des fonctionnaires et sont acceptés comme tels — et des actes accomplis en temps anormal (guerre, troubles, épidémie) par des individus qui prennent en main les services publics, soit de leur propre mouvement, soit avec l'approbation de leurs concitoyens, soit après désignation irrégulière par les autorités supérieures ?

Les solutions apportées à ce problème sont-elles susceptibles de résoudre cet autre problème : maintenir des actes et qualifier juridiquement la situation des fonctionnaires de fait, autorise-t-il à penser qu'au cas de carence de pouvoirs publics, de simples particuliers sont « juridiquement admis » à prendre en mains les services publics ?

En principe, les actes administratifs sont valables lorsqu'ils émanent d'agents régulièrement en fonction et exerçant leur compétence légale. Or, en fait, les tiers en rapports avec les services publics ne peuvent, lors de chaque opération, vérifier le titre et la compétence des agents publics. Ils font confiance à ces derniers qui sont apparemment pourvus de la qualité de fonctionnaires.

Mais les tiers ont pu croire raisonnablement et de bonne foi à une investiture régulière, alors qu'elle ne l'était pas (33). Ils se sont fiés à l'apparence : il n'est dès lors pas juste qu'ils pâtissent du fait que leur confiance légitime a été trompée (34).

En temps normal, par contre, il ne sera plus question de cette confiance légitime trompée par l'apparence. Malgré la carence des pouvoirs publics ou leur effondrement, il est nécessaire que

---

(32) « Essai d'une théorie générale des fonctionnaires de fait », *R.D.P.* 1914 p. 48 et s. V. Principes généraux de Droit Administratif, cf. Rousseau « Essai d'une théorie de la fonction et des fonctionnaires de fait », *Thèse Lille* 1911.

(33) En ce qui concerne la détermination des hypothèses dans lesquelles on a affaire à des fonctionnaires de fait (titre régulier mais expiré, nomination dont le vice est inconnu, désignation par une autorité de fait) cf Rousseau *op. cit.*, p. 41 et s.

(34) Cf Giraut : « L'apparence source de responsabilité », *Thèse Paris* 1937.

les services publics fonctionnent afin d'éviter de véritables désastres. En cette occasion, le droit de nécessité peut-être appelé à valider les actes accomplis par des fonctionnaires ayant exercé leur compétence en dehors des règles légales, et même les actes accomplis par certains particuliers dépourvus de tout mandat régulier. A la condition que ces actes aient été indispensables et réalisés en vue du bien public : sinon ce serait autoriser toutes les usurpations de pouvoir.

L'apparence et la nécessité sont donc susceptibles de valider des actes accomplis par des individus sans mandat. Parfois, la loi tient compte expressément de ces situations : c'est ainsi que les délibérations des assemblées (nationales ou locales), ne sont pas entachées de nullité par le fait qu'y ont participé certaines personnes dont l'élection était sous le coup d'une invalidation ou d'une annulation ; en effet, en tant que l'invalidation ou l'annulation n'ont pas été définitivement prononcées, les membres élus peuvent continuer à siéger et à délibérer. Mais en réalité, il ne s'agit par là de fonctionnaires de fait, puisque la loi présume qu'ils sont « de jure » jusqu'à ce qu'il ait été décidé de leur sort.

Le problème ne se pose réellement dans toute son ampleur que lorsque la loi n'a pas préalablement validé la situation des fonctionnaires de fait. Il s'agit alors de savoir à quelques conditions les actes émis par des individus dépourvus du caractère d'agent public ou par des fonctionnaires ayant outrepassé leur compétence, peuvent être maintenus.

Théoriquement, de tels actes sont inexistants. Mais il faut distinguer entre la volonté génératrice de l'acte qui peut être viciée et les effets de l'acte qui peuvent cependant avoir valeur juridique. Aussi, ce n'est pas tellement l'acte en lui-même, que ses effets, qu'il faut prendre en conisdération, car un acte peut être un et avoir des effets divers.

L'Administration et aussi les administrés, neuf fois sur dix, ont intérêt à ce qu'il n'existe que des fonctionnaires « de jure » et à ce que les décisions soient prises par les autorités compétentes. Toutefois, ce n'est pas porter atteinte à une autorité qui néglige de s'exercer ni la méconnaître, que d'agir en croyant lui obéir ; et l'administration elle-même a aussi intérêt à ce qu'on ne revienne pas sur toutes les décisions prises et sur tous les actes accomplis, ainsi qu'à ne pa décourager les aides bénévoles.

De pareilles situations se présentent avec un caractère aigü dans les périodes troublées ou le fonctionnement des autorités légales ne peut, en raison de sévènements, s'effectuer selon les conditions légales voulues. Pendant les guerres de 1914-1918 et de 1939-1945, par suite de la disparition en territoire occupé par l'ennemi, des autorités publiques ou de l'impossibilité de les constituer régulièrement, de simples particuliers ou des corps municipaux incomplets, se sont chargés des relations avec l'autorité occupante, et ont été amenés à prendre des décisions, à faire des actes, devant lesquels leurs concitoyens s'inclinèrent (35).

Ces décisions et actes étaient incontestablement irréguliers. Cependant, ils avaient contribué à assurer la vie collective et la marche des services publics. Ils n'avaient même pas l'apparence d'actes réguliers. Ne devait-on pourtant pas les valider parce

(35) V. Rolland : « l'Administration locale en temps de guerre », *R.D.P.* 1915, p. 113 et p. 296.

qu'ils avaient été nécessaires ? Par un récent arrêt Lecoq (36), le Conseil d'Etat vient d'apporter à cette question une réponse affirmative, qui ne pouvait faire de doute : « Considérant qu'il résulte de l'instruction que les *opérations de guerre* avaient créé, à Fécamp, le 13 juin 1940, une *situation exceptionnelle*, qui imposait aux autorités municipales la *nécessité* de se procurer d'*extrême urgence* des ressources en numéraires ; qu'en raison de *l'impossibilité* de réunir le Conseil Municipal et de recueillir l'approbation du Préfet, il appartenait au Mare, chef de la commune, de prendre les mesures exgées par cette situation ; que dans ces circonstances et dès lors qu'aucune des ressources municipales prévues par la législation en vigueur ne permettait de faire face aux besoins *extraordinaires* nés des évènements, le Maire de Fécamp *a pu légalement*, par la décision du 13 juillet 1940, prescrire la perception temporaire d'une taxe sur les recettes, effectuées dans les magasins des commerçants et industriels de la ville ; que le fait que le Maire a pris l'avis préalable des membres présents du Conseil Municipal et des personnalités locales, n'est pas de nature à vicier sa décision ».

Parfois, la loi valide rétroactivement de tels actes : ainsi, les lois du 19 juillet 1871 et 6 janvier 1872 relatives à la tenue des actes de l'état civil par les insurgés de la commune de Paris, ainsi la loi du 14 mai 1946 qui valide la perception d'amendes par les Comités de Libération, qui n'étaient en rien des autorités administratives et ne pouvaient donc prendre de décision administratives (37).

En temps normal, par contre, il est inutile de faire appel à l'idée de nécessité. Et c'est alors qu'intervient la notion d'apparence.

Dès qu'un individu, dit M. Jèze, a les apparences d'un fonctionnaire, c'est-à-dire dès qu'il bénéficie d'une investiture plausible, déterminée par les circonstances de fait et non par la nature de l'irrégularité de l'investiture, les tiers de bonne foi, qui ont eu affaire à lui, peuvent exiger que soient maintenues les actes qui leur ont profité. La célèbre affaire des mariages de Montrouge (38) est une excellente illustration de cette théorie : les mariages célébrés en très grand nombre par un adjoint au maire incompétent, ont été cependant considérés comme valides ; les considérer comme inexistants eut porté un tort considérable aux couples ainsi unis qui ne pensaient guère, au moment de la cérémonie, à vérifier les pouvoirs de l'agent de l'état civil et se fiaient seulement à son écharpe tricolore.

Le Conseil d'Etat a souvent adopté le même point de vue que la Cour de Cassation. On peut citer en ce sens l'arrêt Elections d'Héronville (39) où l'on voit maintenus les actes d'un Conseil Municipal, bien que celui-ci fut composé de douze membres, alors que régulièrement il n'aurait du en comprendre que dix. De même sont valables les actes d'un fonctionnaire ayant remplacé un fonctionnaire suspendu ou révoqué, dont la suspension ou la révocation avait été par la suite annulées.

On peut voir aussi une application de la théorie de l'apparence dans la reconnaissance d'un droit à indemnité au profit des indi-

(36) *C.E.*, 7 janvier 1944, R. p. 5.
(37) C. Toulouse 15 mai 1946 Kierkowski *D.* 1946 J. 172 n. Fréjaville.
(38) *D.* 1883-2-49, *D.* 1884-1-5, *S.*, 1883-1-10, *S.*, 1884 115 n. Labbé.
(39) *C.E.*, 30 juin 1885, *R.* 126.

vidus qui avaient contracté avec une autorité administrative sans que celle-ci ait été munie des autorisations ou approbation indispensables (40).

Il est possible d'interpréter en ce sens une certaine partie de la jurisprudence relative aux travaux supplémentaires, l'entrepreneur indemnisé pour ces travaux, l'ayant été parce qu'il avait agi sur les ordres d'une autorité qui, apparemment, pouvait posséder le droit de donner de tels ordres (41).

Dans ces hypothèses, l'apparence suffit à justifier le maintien de l'acte et le droit à indemnisation des particuliers. Elle participe toujours de l'idée qu'elle dépend essentiellement de l'utilité d'un acte à l'égard d'un particulier et non pas de la disposition d'esprit d'un fonctionnaire, alors qu'au cas de circonstances exceptionnelles l'acte est validé en fonction de ces circonstances et du but de service public poursuivi.

La théorie de l'apparence ne confère donc pas aux simples particuliers le droit de suppléer la carence administrative. Elle est la sanction de la négligence administrative qui ne peut nuire aux individus qu'elle a induits en erreur : ceux-ci ne peuvent pâtir de la mauvaise foi d'un fonctionnaire, ou même de ses erreurs ; un fonctionnaire se doit essentiellement de connaître sa compétence.

Cependant, la théorie de l'apparence suffit-elle à expliquer toutes les solutions de la jurisprudence ? Oui, pour M. B. Geny (42), qui affirme que partout où il semble qu'il est fait application de la gestion d'affaires ou de l'enrichissement sans cause, l'on peut apercevoir un fonctionnaire de fait. Selon lui, une « gestion d'affaires ou un enrichissement sans cause qui seraient réalisés en dehors de tout fonctionnaire apparent du seul fait de l'ingérence spontanée et inconsidérée d'un particulier dans les affaires de l'Administration ne sauraient être reconnus pour valables par le juge, quels que soient les intérêts privés qui s'y trouvent engagés » (43).

A l'appui de sa thèse, M. B. Geny cite divers arrêts de la Cour de Cassation. Des marchés de fournitures non approuvés pour lesquels le Conseil Municipal avait omis de voter des crédits (44), ou qui avaient occasionné un dépassement des crédits (45), ont été reconnus valables par la Cour de Cassation. Indéniablement, il s'agit d'une application de la théorie de l'apparence. Les simples particuliers ne peuvent être astreints à vérifier si le budget municipal a prévu les crédits nécessaires et a été approuvé suivant les formes voulues.

C'est aussi par la théorie de l'apparence que l'on peut expliquer l'arrêt qui décide que, malgré le paiement des impôts à un employé non qualifié pour en donner quittance, le contribuable

---

(40) *C.E.*, 13 avril 1893 Philippon 346, 6 février 1885 Commune d'Haillon 161, 28 juillet 1911 de la Guérinière *R.G.A.* 1913-172-15 novembre 1912 Sergent 1059.

(41) *C.E.*, 9 avril 1873 Ville de Nîmes 334, 3 juin 1881 Lorenzan 610, 15 février 1889 Commune d'Anéin 224, 7 août 1900 Commune de Gurcy le Chatel 571, 25 mai 1906 Fabrique Saint-Michel Mont Mercure, 4686, 22 mars 1919 Commune d'Ucciani 401, 31 janvier 1930 Commune de Cons-la-Grandville 134.

(42) *Op. cit.*, p. 85, p. 144. Cf. Jèze, Principes généraux de droit administratif. Delcusy : « Le quasi contrat en droit administratif », *Thèse Paris* 1931, p. 131.

(43) *Op. cit.*, p. 127.

(44) *S.* 1874-1-30, *D.*, 1873-1-457.

(45) Cass. 19 décembre 1877, *S.*, 1878-1-57.

est libéré à l'égard du fisc du moment qu'il rapporte une quittance régulière, du type utilisé dans l'Administration et extraite d'un registre à souche, même si cette quittance ne porte pas la signature du percepteur (46).

La même interprétation peut être donnée de quelques décisions du Conseil d'État qui accordent une indemnité :

— aux entrepreneurs qui ont accompli des travaux supplémentaires sur l'ordre d'un administrateur, alors qu'ils ignoraient que celui-ci avait outrepassé les crédits ou n'était pas muni des autorisations nécessaires (47).

— aux titulaires d'une concession pour compenser équitablement le déficit subi en raison du bouleversement économique né de la guerre, alors que ces concessions avaient été irrégulièrement approuvées ou cédées, sans que cependant l'autorité administrative ait pensé invoquer ces irrégularités tant que les services concédés fonctionnaient normalement (48).

Mais cela paraît vraiment trop solliciter un arrêt que d'affirmer que l'indemnité allouée à un établissement congréganiste, qui avait continué à gérer le service public de l'instruction, malgré le défaut de versement de la subvention promise par un Conseil Municipal, l'avait été en raison de la situation contractuelle apparente existant entre la municipalité et le dit établissement congréganiste !... (49).

Non seulement la jurisprudence que cite M. B. Gény ne lui est pas toute favorable, mais encore et surtout celle qu'il ne cite pas.

Comment voir, en effet, une application de la théorie de l'apparence dans les décisions qui accordent une indemnité à ceux avec qui l'Administration a refusé de contracter lorsqu'ils peuvent prouver que leurs projets de travaux lui ont été utiles ?

Comment voir aussi une application de la théorie de l'apparence dans les décisions qui reconnaissent un droit à être dédommagés aux individus qui, non liés contractuellement avec l'Administration, ont exécuté un travail qui lui a été profitable et aux contractants de l'Administration qui ont accompli un travail supplémentaire imprévu au devis, sans recevoir nul ordre de quelque autorité que ce soit, travail qui s'est avéré nécessaire et profitable ?

La théorie de la fonction de fait sous ses deux aspects, nécessité et apparence, ne peut rendre compte, ni de toutes les situations, ni de toute la jurisprudence.

Le fonctionnaire de fait accomplit toujours un acte qui aurait pu être fait par l'Administration. La théorie de la fonction de fait ressort essentiellement au respect des formes que doit revêtir l'activité administrative ; or, il est des cas où une indemnité est accordée aux simples particuliers, alors qu'ils n'avaient pas traité avec un fonctionnaire ; la question du respect des formes n'intervient donc pas en pareille hypothèse.

En outre, la nécessité peut justifier une ingérence dans les affaires publiques. Mais il faut un concours de circonstances

---

(46) Cass. 21 juillet 1876. *S.*, 78-2-308.

(47) *C.E.*, 25 novembre 1931 Baudoin, *S.* 1932-3-15, 21 novembre 1930 de Kerveguen, *S.*, 1932-3-16.

(48) *C.E.*, 27 juin 1930 Bonniol, 16 janvier 1931 Philippe, *D.*, 1931-3-5, v. cependant n. Blaevoet qui voit dans ces arrêts une application de la théorie de la gestion d'affaires.

(49) Cass. 12 décembre 1881, *S.*, 1882-1-353.

exceptionnelles. Or, ce que les particulers cherchent à sanctonner, c'est la carence administrative quotidienne.

Enfin, le fonctionnaire de fait se prétend toujours lié par un lien de fonction publique à l'Administration. Ce n'est pas là ce que demandent les administrés qui veulent simplement suppléer, à titre privé, des autorités insuffisantes.

Il s'agit moins de la validité des actes accomplis par les administrateurs que de l'efficacité de la suppléance des administrés. Certes, la théorie de la fonction de fait fournit à ces derniers une arme importante : mais n'ayant pas été établie uniquement en considération des intérêts privés (Cf. arrêts commune d'Héronville et Lecoq précités), elle se révèle impuissante à rendre compte d'une jurisprudence qui, dans la mesure que nous allons maintenant indiquer, a reconnu aux individus un certain droit d'ingérence dans les affaires publiques.

SECTION 3. — L'ENRICHISSEMENT SANS CAUSE EN DROIT PUBLIC

La jursprudence n'appliquant pas les règles du droit civil, relatives à la gestion d'affaires, l'intention du gérant étant beaucoup plus de gérer ses propres intérêts que ceux de l'Administration et l'indemnité qui lui est allouée tenant compte, non seulement de ses débours, mais du profit retiré de l'opération par l'Administration — la théorie de la fonction de fait étant par ailleurs incapable de rendre compte de toutes les solutions — il faut essayer de trouver une explication de la jurisprudence susceptible cette fois d'être valable en toutes hypothèses.

Ne peut-on la trouver dans la théorie de l'enrichissement sans cause ? Celle-ci a été introduite en droit privé, non par des textes, mais par l'œuvre prétorienne du juge. Pour celui-ci, elle repose essentiellement sur le « principe d'équité qui défend de s'enrichir aux dépens d'autrui » (50). Sur ce prncipe a été édiifé toute une construction juridique, dont les grandes lignes sont les suivantes :

Il faut que le demandeur prouve qu'il a subi un appauvrissement (où il est tenu compte même du manque à gagner) correspondant chez son adversaire à un enrichissement (qui peut consister en une perte évitée).

Il faut en outre une relation matérielle de cause à effet entre ces deux phénomènes qui, enfin, ne doivent pas pouvoir être expliquée par une cause juridique justificative.

C'est par ces caractères que l'enrichissement sans cause se différencie de la gestion d'affaires. Celle-ci, en effet, met en cause des individus alors que celle-là ne considère que les rapports de patrimoine. La prmière implique, en général, la volonté de s'immiscer dans les affaires d'autrui et d'agir pour son compte. La seconde, au contraire, n'est due qu'à des circonstances fortuites, l'appauvri n'ayant jamais entendu gérer que ses propres intérêts. Ce n'est que dans la mesure de l'enrichissement qu'il demandera à être indemnisé, alors que le gérant d'affaires exigera le remboursement de ses frais de gestion, même si en définitive, le maître de l'affaire en a retiré un profit moindre (51).

---

(50) Cass. 15 juin 1892, *S.*, 1893-1-281 n. Labbé, 12 mai 1914, *S.* 1918-1-41.

(51) Cf. Tunc n. sous Tribunal de Paix de Candé, 27 novembre 1945, *D.*, 1947, J. 386, spécialement p. 389 in fine.

Le juge se contente donc de constater un déséquilibre des patrimoines : il n'a pas comme en matière de gestion d'affaires à apprécier une immixtion dans les affaires d'autrui. L'enrichissement sans cause doit satisfaire ceux qui, comme M. Jèze (52), ne veulent pas qu'il soit possible de forcer la main à l'Administration, seule compétente pour décider du fonctionnement d'un service, de l'exécution d'un travail public, de la passation d'un contrat et de l'engagement d'une dépense. Par l'enrichissement sans cause, ce n'est pas l'utilité de l'activité d'un particulier qui est considérée, mais le profit qu'en a retiré l'Administration : ce qui ne peut qu'amener les simples particuliers à réfléchir, étant donné qu'il est souvent difficile de faire la preuve de l'enrichissement, et que l'Administration est toujours lente à payer ses dettes.

Le principe suivant lequel « tout sacrifice s'étant ou non traduit par un mouvement de valeur, accompli au nom d'une personne administrative et en ayant amélioré la situation, appelle compensation » (53), paraît donc pouvoir être accepté par tous.

Si l'on en excepte quelques auteurs anciens qui, soit qu'ils n'aient pas effleuré le problème (54), soit qu'ils condamnent l'enrichissement sans cause au nom du respect dû aux règles de la procédure administrative (55), ou aux règles de la comptabilité publique (56), il semble que les auteurs contemporains, dans leur grande majorité, considèrent que l'enrichissement sans cause fait partie du droit public positif (57).

Cela est d'autant plus admissible que de nombreux textes en ont effectivement fait application, tant au bénéfice de l'Administration que des simples particuliers. En ce sens, on peut citer la loi des 3-22 août 1790 qui, dans ses articles 1 et 3, stipule : « La nation doit payer aux citoyens le prix des sacrifices qu'ils ont fait à l'utilité publique... Les sacrifices dont la nation doit payer le prix sont ceux qui naissent des pertes que l'on éprouve en défendant la Patrie ou des dépenses que l'on a faites pour lui procurer un avantage incontestable ». Les textes relatifs aux dommages de guerre, aux pensions militaires, à l'expropriation, aux réquisitions d'occupation temporaire, sont des manifestations du principe qui veut que l'Etat ne puisse s'enrichir aux dépens des souffrances, des sacrifices et des gênes d'autrui, qui sont les conséquences directes ou lointaines de son action ou de son inaction.

On peut même se demander si, en fin de compte, l'enrichissement sans cause n'est pas justifié par la rupture de l'égalité de tous devant les charges publiques. Il n'est pas équitable, en effet, que certains seulement souffrent du poids des charges dont, par ailleurs, la collectivité tire profit. C'est ce qu'a très justement rappelé la Cour d'appel de Rouen, à propos des réquisitions opé-

(52) *Op. cit.*, p. 138.
(53) Mestre *op. cit.*, p. 277.
(54) Foucart: Droit Administratif, 1839, p. 160.
(55) Trolley : Traité de la hiérarchie administrative 1847, T. 2, p. 383. Brémont : Revue critique de Législation et de jurisprudence, 1893, p. 636.
(56) Marquès di Braga et Lyon, *op. cit*, v. la critique faite plus haut, p. 495 de cette théorie, critique qui conserve sa valeur à l'égard de l'enrichissement sans cause.
(57) V. spécialement Roques: « La notion d'enrichissement sans cause en droit administratif. *Thèse Montpellier*, 1930. Alexandrescu : « L'enrichissement sans cause considéré comme source d'obligation quasi-contractuelle en droit public », *Thèse Paris*, 1930.

rées par les Allemands, en 1870 : « Si des réquisitions pour l'entretien des troupes ennemies surviennent à une commune comme conséquence d'une invasion, la municipalité de cette commune doit veiller à ce qu'elles soient acquittées loyalement, sans qu'un seul payant pour les autres, les enrichisse ainsi à son propre détriment » (58).

Cela laisse aisément percevoir que la notion d'enrichissement sans cause a, en droit public, une portée bien plus large qu'en droit privé. L'examen de la jurisprudence du Conseil d'Etat est à ce sujet très probant : la haute juridiction administrative qui n'est pas liée par les règles du droit privé, a établi une jurisprudence de l'enrichissement sans cause très protectrice de l'action et des intérêts individuels, qui reconnaît un droit à indemnité aux simples particuliers dès qu'ils apportent la preuve que l'Administration a retiré un profit de leur action.

Dans les premiers temps de sa jurisprudence, le Conseil d'Etat fut hostile à la reconnaissance d'un pareil droit à indemnité, dès lors qu'il était prouvé qu'il y avait eu violation des formes et procédures administratives (59). Le revirement se produisit à l'occasion des demandes en indemnité formulées par les contractants de l'Administration pour exécution de travaux supplémentaires, non prévus au devis, mais révélés nécessaires par la suite et en tous cas profitables à l'Administration. Ce revirement fut, en effet, facile à opérer. En l'espèce, l'omission des formalités était de peu d'importance, et le Conseil d'Etat releva d'abord soigneusement que les travaux imprévus avaient été ordonnés par une autorité qui eut été compétente pour les prescrire initialement (60).

Mais la qualité de la personne qui avait autorisé les travaux ne pouvant, dans chaque cas, être considérée comme une raison suffisante, le Conseil d'Etat chercha ailleurs, et trouva une explication dans le contrat lui-même, les travaux constituant à ses yeux la suite logique d'un contrat conclu dans les formes (61).

Toutefois, parallèlement à cette jurisprudence encore formaliste, s'en développait une autre qui ne parlait plus de suite logique du contrat, et envisageait seulement le profit retiré de l'opération par l'Administration : ainsi, une indemnité fut accordée pour des travaux faits à un presbytère paroissial, alors qu'il n'y avait pas de contrat préalable (62), de même une commune fut condamnée à verser une indemnité à un entrepreneur, bien qu'elle eut résilié le contrat qui les liait, et que les travaux n'eussent été accomplis que sur ordre du Préfet (63).

On a voulu voir dans cet arrêt une application de la gestion d'affaires : en réalité, il n'y avait là que l'action de l'autorité de tutelle destinée à parer à une carence communale, ce qui exclut toute idée d'intention bienveillante, et aussi d'immixtion dans

---

(58) C. Rouen 30 janvier 1872, *S.*, 1872-2-188. Cf. C. Nancy 22 mars 1873, *S.*, 1873-2-108.

(59) *C.E.*, 19 juin 1856 Tinel 425, 4 février 1876 Ville de Marseille. 1er février 1880 Mercier 1831, 8 décembre 1882 Pey 1013, sur ce point cf. Mestre *op. cit.*, p. 68.

(60) *C.E.*, 3 juin 1892 Pinchard 535, 15 février 1889 Commune d'Anzin 224.

(61) *C.E.*, 26 mai 1879 Lefebvre 399, 19 mai 1882 Just 524, 24 mai 1905 Commune de St-Béat 311, 17 janvier 1912 Préfet de la Seine-Inférieure 72, 24 janvier 1912 Pierre Fort 97, 3 juin 1932 Joret *S.*, 1933-3-21.

(62) *C.E.*, 11 février 1889, *D.*, 1890-3-88.

(63) *C.E.*, 13 mars 1892 Commune de Longpré des Corps Saints 441.

les affaires d'autrui, puisque c'est toujours l'Administration qui agit.

Aussi, mais très rarement, le Conseil d'Etat qui n'a que peu souvent dans ses décisions, employé le terme de gestion d'affaires, a-t-il cru bon, en quelques occasions, de rappeler qu'il appliquait le principe de l'enrichissement sans cause, et qu'à ce titre, rien ne faisait obstacle à ce que l'on intentat une action contre « une commune qui ne doit pas s'enrichir aux dépens d'autrui » (64).

Car, peu importe qu'il y ait ou non contrat, l'indemnité est accordée dès lors que les travaux s'avèrent profitables à l'Administration, même s'ils sont profitables aussi à celui qui les a entrepris dans un but égoïste.

Il ne suffit pas d'ailleurs que les travaux aient été simplement utiles ; il faut encore qu'ils aient été nécessaires (65), preuve supplémentaire que le Conseil d'Etat n'applique pas la notion de gestion d'affaires. C'est en ce sens qu'il n'y a pas lieu à indemnité pour des travaux somptuaires (66) ou destinés à prévenir le chômage (67) ou simplement à l'avantage de celui qui les a entrepris (68), ou trop sommaires pour qu'ils puissent présenter un intérêt quelconque pour l'Administration (69). De tels travauv restent donc à la charge de celui qui les a exécutés ou de l'administrateur maladroit qui les a commandés (70), surtout s'ils ont été rendus nécessaires par une fausse manœuvre ou des malfaçons des entrepreneurs (71) et s'ils n'ont nullement appauvri ces derniers (72).

Au contraire, dès qu'il est prouvé, au besoin par une expertise que le Conseil d'Etat ordonne (73), que les travaux étaient indispensables et ont profité à l'Administration, une indemnité est dûe (74), même si les travaux n'étaient pas prévus au devis (75), même si, enfin, la plus-value qu'ils ont apportée ne consistait qu'en une amélioration esthétique de l'ouvrage (76).

Parfois, le Conseil d'Etat a noté que les travaux avaient été accomplis sur l'ordre de l'autorité compétente (77) ou que l'Admi-

---

(64) *C.E.*, 26 juillet 1916 Commune de Gand 322.
(65) *C.E.*, 11 mars 1887 Commune de Betz 225, 1er avril 1927 Dierenbecher.
(66) *C.E.*, 4 février 1890 Poiré 174.
(67) *C.E.*, 28 mai 1847 Ministre des Travaux Publics 430.
(68) *C.E.*, 8 mars 1935 *D.*, 1935-3-12 n. Heilbronner.
(69) *C.E.*, 7 août 1900 Belle de Coste 572.
(70) *C.E.*, 9 février 1894 Airolles 117, C. Montpellier, 6 mars 1834 *D.H.*, 1930, 440.
(71) *C.E.*, 19 juin 1896 Bozzonetti 505, 11 décembre 1896 Meynier. 827. 1er février 1901 Ville de Tarbes 127.
(72) *C.E.*, 8 mai 1897 Soc. Abougit 431.
(73) *C.E.*, 17 juin 1910 Ponthreux 482, 7 novembre 1938 Entreprise Léauté 830.
(74) *C.E.*, 13 mai 1887 Commune de Nouaillé 396, 23 juillet 1887 Commune de Saint-Germain des Prés 870, 12 avril 1889 Commune de Domont 530, 5 juillet 1889 Bedou 837, 19 juillet 1889 Commune de Bourg de Bost 879, 8 décembre 1893 Commune de Portiragnes 823, 23 juillet 1897 Damiat 581, 15 mai 1903 Commune d'Eteignères 369, 24 mai 1905 Commune de Saint-Béat 311, 4 août 1905, Syndicat de Couthures et Marcellas 740.
(75), *C.E.*, 16 mai 1879 Lefèvre 399.
(76) *C.E.*, 24 février 1910 Ville de Tarbes 172.
(77) *C.E.*, 6 février 1885 Commune de Haillon 161, 22 juin 1888 Laurent et Cordier 559, 30 novembre 1888 Commune de Morceux 905, 21 décembre 1888 Pelloux 1028, 5 décembre 1890 Commune d'Irai 914, 12 décembre 1890 Guyard 946, 24 janvier 1896 Bertrand 78, 28 janvier 1898 Singrin 56-21décembre 1906 Giraud 954, 5 mars 1919 Jalabert 227, 18 juillet 1928 Poursat 914.

nistration en avait pris possession (78), ou enfin qu'ils avaient été exécutés sous la surveillance des autorités compétentes (79). Il lui arrive même de prononcer le mot d'accord tacite pour qualifier la situation d'une usine nationalisée, qui avait continué pendant un certain temps, à gérer elle-même l'exploitation, ce qui lui donnait le droit de réclamer que la valeur de l'indemnité d'expropriation calculée à la date de celle-ci, soit augmentée de la plus-value apportée par la gestion provisoire à l'exploitation jusqu'au jour de la prise de possession par l'Etat (80).

Mais cette jurisprudence ne restreint nullement les bases du droit à indemnité. Si l'on en excepte quelques rares décisions (81) rendues, semble-t-il, par analogie avec celles qui refusent tout droit à indemnité lorsque le contrat porte que l'entrepreneur devra exécuter tous travaux prescrits au prix de la série sans pouvoir se plaindre des modifications apportées à leur quantité (82), le principe n'en demeure pas moins que l'indemnité est dûe qu'il y ait, ou non, ordre ou surveillance du maître de l'ouvrage, dès qu'il est prouvé que les travaux étaient indispensables et avaient profité à l'Administration (83).

Car il est reconnu un droit à indemnité, non seulement lorsque les travaux ont été accomplis par un entrepreneur dont le contrat n'avait pas été valablement conclu (84) ou dont le contrat avait été préalablement résilié (85), mais encore au cas où l'Administration avait refusé de contracter.

Dans cette hypothèse, on ne peut prétendre que les ordres ou la surveillance de l'Administration sont nécessaires pour justifier le droit à indemnité du requérant. Celui-ci ne peut non plus se plaindre de ce que sa confiance en l'Administration a été trompée, puisqu'il sait que son pouvoir de contracter ou de ne pas contracter est discrétionnaire. Et pourtant, les travaux qu'il aura pu effectuer (le plus souvent sous forme de projet) lui seront remboursés s'il prouve qu'ils ont profité à l'Administration (86). Ce n'est pas ainsi le refus discrétionnaire de contracter qui est frappé : le Conseil d'Etat veut simplement éviter qu'après avoir alléché d'éventuels contractants, l'Administration se contente de les congédier en utilisant par contre les projets et études qu'ils lui avaient soumis. Il en est autrement lorsqu'il est prouvé que le requérant « ne s'est prêté aux études complémentaires résultant pour lui de l'instruction de ses demandes qu'en vue de l'obtention des concessions pour lui sollicitées, concessions dont le rejet ne saurait lui ouvrir aucun droit à indemnité ; que d'autre part, il n'établit pas que le département de l'Agriculture se soit

---

(78) *C.E.*, 16 décembre 1904 Ville de Constantine 835.

(79) *C.E.*, 12 décembre 1934, Commune de Flavoncourt 1181, 15 mars 1944 Pelou 88.

(80) *C.E.*, 11 juillet 1945 Sté des Torpilles de St-Tropez 157.

(81) *C.E.*, 28 mai 1897 Ministre des Travaux Publics 430, 6 juillet 1906 Fayol 644.

(82) *C.E.*, 26 juillet 1901 Commune de Beaumarchés 703.

(83) *C.E.*, 7 novembre 1938 Entreprise Léauté 830.

(84) *C.E.*, 14 janvier 1881 Sénard 69, 7 décembre 1898 Commune de Lucenay 942, 8 février 1889 Bernard 179, 26 mai 1906 Fabrique St-Michel Mont Mercure 469, 28 décembre 1906 Sérié 996, 17 juin 1910 Commune de Verfeuil 482.

(85) *C.E.*, 7 mars 1947 Michel, *S.D.J.*, n° 3 mars-avril 1947, p. 57.

(86) *C.E.*, 18 janvier 1826 Nourry 31, 15 janvier 1909 Antoine 50, 17 novembre 1911 Casanova *S.*, 1913-3-126, 24 juillet 1934 Bernard, *S.*, 1934-3-101, 11 avril 1930 Vve Lachambre 441, 1er février 1946 office des Habitations à Bon Marché de la Ville de Marseille *J.C.P.* 1946-IV-60.

inspiré de ses idées et de ses plans pour élaborer le projet de création d'usines hydrauliques sur la Durance, qu'ainsi, l'Etat qui n'a jamais pris l'engagement de rémunérer les travaux du requérant et n'en a retiré aucune utilité appréciable, ne lui doit de ce chef aucun dédommagement » (87).

Dans les hypothèses que nous venons d'examiner, il y avait contrat régulier ou pas, ou tout au moins désir de contracter. Or, que penser lorsqu'on se trouve en présence d'un travail accompli par un simple particulier qui n'était pas co-contractant de d'Administration, pas plus qu'il n'avait l'ambition de le devenir ?

C'est là un cas typique d'immixtion. Rare à la vérité, car nous ne connaissonc à ce sujet qu'une seule décision du Conseil d'Etat. Un industriel propriétaire d'une usine, sise sur les deux rives d'un cours d'eau, se vit dans l'impossibilité de faire fonctionner normalement son entreprise par suite de l'impraticabilité d'un pont qui, en même temps qu'il assurait la communication entre deux tronçons d'un chemin vicinal, permettait aussi celle entre les bâtiments de l'usine. La commune, propriétaire du pont, ayant négligé ou refusé de procéder à sa réfection, l'industriel se chargea lui-même de l'opération, puis se retourna contre la commune, afin de se faire dédommager. Une indemnité lui fut accordée, non seulement parce qu'il était prouvé que la commune ne s'était pas opposée aux travaux mais aussi (et surtout, dironsnous) parce que le pont étant « dans un état de vétusté qui rendait la circulation impratiquable », (88), sa réfection par un simple particulier avait profité à la commune qui n'avait pas effectué les travaux nécessaires à sa remise en état.

Qu'est cela, sinon la sanction par les administrés de la carence administrative ? (89). On ne peut y voir une gestion d'affaires, puisque la sauvegarde de l'intérêt public, passait en fait, bien après celle des intérêts privés. Mais c'est certainement un cas d'enrichissement sans cause : enrichissement en moins dépensant, l'Administration n'ayant pas eu, en effet, à faire les frais de l'opération (90). Et, quand à la théorie de la fonction de fait, elle ne peut expliquer l'espèce, l'industriel n'ayant jamais été en pourparlers avec l'Administration, si ce n'est pour offrir de participer aux réparations, ce à quoi il ne lui avait pas été répondu, et n'ayant jamais eu l'intention de faire acte de fonctionnaire.

Toutefois, si le principe de l'enrichissement sans cause est susceptible de faire naître des obligations à la charge de l'Administration, le Conseil d'Etat ne fait pas une application intégrale des règles dégagées par la jurisprudence civile.

Le lien de causalité matérielle entre l'enrichissement et l'ap-

---

(87) *C.E.*, 22 avril 1921 Costa 397, cf. *C.E.*, 2 mars 1923 Pasquet 219.

(88) *C.E.*, 16 décembre 1881 Commune de Plaisance 1012.

(89) Ne peut-on pas à en voir une autre forme très voisine de l'enrichissement sans cause, dans le droit reconnu par un très ancien arrêt du Conseil d'Etat (23 avril 1823 Rabeau 288) à des riverains qui avaient rendu navigable un cours d'eau, puis en raison de cette navigabilité y avaient établi usines et moulins, d'exiger, lorsque par suite d'une loi nouvelle, la rivière parce que navigable, est entrée dans le domaine public, que l'Etat participe aux dépenses d'entretien des ouvrages navigables (obligation résultant de la loi du 30 Floréal X art. 1 qui établissait au profit de l'Etat une taxe destinée à subvenir aux frais d'entretien des ouvrages d'art)? Il y a là quelque chose qui annonce déjà la répétition de l'indû.

(90) *C.E.*, 2 mars 1877 Demeure 227 : travaux qui ont été cause notable d'économie en supprimant des dépenses d'entretien.

pauvrissement est cependant constaté comme en matière civile. Il ne peut d'ailleurs en être autrement. Le simple particulier n'a, en effet, qu'à prouver que l'Administration a retiré un profit de son travail.

Il en est autrement dès qu'il s'agit d'établir que l'enrichissement n'est pas juridiquement causé. Il semble, en effet, que pour les auteurs civilistes, il y ait enrichissement sans cause lorsqu'aucune contre partie n'est fournie à l'appauvri, qui n'a pas donné son consentement à pareille situation ou n'a manifesté aucune intention libérale (91).

En droit public, il est d'abord évident que l'appauvri n'a pas voulu enrichir la collectivité ; ceci explique la législation relative aux réquisitions et expropriations. Il en est de même lorsqu'il s'agit de travaux accomplis pour le compte de l'Administration : si ces travaux, utiles à la collectivité, demeuraient définitivement à la charge de ceux qui les ont exécutés, il y aurait une atteinte au principe de l'égalité de tous devant les charges publiques (92).

Nous voyons donc réapparaître ici le fondement égalitaire du droit public français. Il y a là un point de vue objectif qui permet d'attribuer en droit public à l'enrichissement sans cause une base différente de celle qui lui est généralement reconnu en droit privé où les conceptions volontaristes et consensuelles, donc subjectives, prédominent.

Ceci explique que les règles relatives à l'indemniration pour le profit retiré par l'Administration ne sont pas les mêmes qu'en droit privé, surtout si l'on songe que le Conseil d'Etat a déclaré profitables des travaux qui avaient simplement déterminé une subvention en faveur d'une commune (93).

En droit privé, l'appauvri ne peut recevoir, ni plus qu'il n'a perdu, ni plus que n'a gagné l'enrichi. En droit public, il faut en premier lieu, que l'enrichissement subsiste au jour de la demande : quels que soient les frais engagés par les particuliers, l'Administration n'est plus leur débitrice, si les travaux n'ont pas duré assez longtemps pour prouver qu'ils étaient utiles (94). En outre, l'indemnité est calculée, non seulement d'après l'enrichissement qui souvent est difficilement évaluable, mais d'après le prix de revient total des travaux ou fournitures effectuées (95), celui-ci étant, dans la plupart des cas, fixé par analogie avec le prix de revient des ouvrages, prévu au devis (96).

En effet, si l'on ne remboursait pas tous les frais, on pourrait se trouver en présence d'un profit de l'Etat inférieur aux moyens mis en œuvre, ce qui aboutirait à faire supporter à une seule personne des travaux utiles à la collectivité et constituerait une rupture de l'égalité devant les charges publiques.

Par contre, il est réservé à l'Administration une action récursoire contre le fonctionnaire qui a ordonné de semblables travaux

---

(91) Cf Rouast in Revue Trimestrielle de droit civil 1922.

(92) Lorsque l'Etat est appauvri (plus value apportée par les travaux publics) il a aussi le droit de récupérer l'enrichissement procuré aux simples particuliers, de façon à maintenir l'égalité de tous devant les avantages créés par lui.

(93) *C.E.*, 5 décembre 1890 Beauvais 919.

(94) *C.E.*, 19 avril 1860 Commune de Gonnord 338, 2 mars 1877 *D.*, 1877-3-46.

(95) *C.E.*, 5 février 1919 Commune de Bouzigues 122, 12 décembre 1934 Commune de Flavacourt 1181.

(96) *C.E.*, 30 juin 1920, Emery 646.

supplémentaires, fonctionnaire qui a pu ainsi se montrer, non seulement peu soucieux de gérer économiquement un budget, peut être aussi complice de l'entrepreneur, ou qui n'a eu en vue de faire exécuter un travail public que dans son intérêt personnel (97).

Toutefois, malgré ces caractères très spéciaux de l'enrichissement sans cause en droit administratif, les règles relatives à la compétence des Tribunaux n'ont pas, selon nous, à être modifiées.

C'est en principe la juridiction administrative qui doit se prononcer sur l'utilité des travaux entrepris par les simples particuliers. Le Conseil d'Etat, le Tribunal des Conflits et les Tribunaux judiciaires sont aujourd'hui en plein accord sur ce point.

Mais les Tribunaux judiciaires demeurent compétents pour connaître de l' « actio de in rem verso » lorsqu'il s'agit d'apprécier l'utilité des travaux et de fournitures dont a profité l'Administration, qui ont trait à la gestion de son domaine privé, ou qui, s'ils avaient été prévus par contrat, auraient été l'exécution des contrats conclus dans les conditions du droit privé (98). Ainsi que le dit le doyen Hauriou, il faut simplement se demander quel eut été le tribunal compétent si le maître de l'affaire avait luimême accompli l'acte (99).

En effet, lorsque compétence est reconnue à la juridiction administrative, c'est parce que sans distinguer si l'enrichissement est le fait d'un administré ou d'un administrateur, les travaux ont un caractère de travaux publics (100) ou parce que les fournitures ont été faites pour assurer la gestion d'un service public (101).

Par conséquent, une fois qu'un travail a été exécuté dans ces conditions, reconnu profitable à l'Administration, ou utilisé par celle-ci, qui ne s'était pas opposée à sa construction, l'on peut être en présence d'un travail public, dont le fonctionnement est susceptible d'engager l'Administration, suivant les règles et procédures applicables en matière de dommages causés par les travaux publics (102).

Car, ainsi que nous l'avons vu (103), est travail public tout travail immobilier d'intérêt général effectué pour le compte d'une personne administrative. Ce qui autorise donc les simples particuliers, si ces conditons isont remplies, à exécuter des travaux publics.

Il y a, par contre, travail privé, dès lors que son exécution ne sert qu'un intérêt privé, telle la construction par un simple particulier qui y avait intérêt, d'un ouvrage à la charge d'un entrepreneur de travaux publics (104), telle la construction de colonne

---

(97) Cf arrêts Commune de Verfeuil et Sté Abougit, précités. V. aussi : *C.E.*, 26 nov. 1886 Commune de Plounerin 836, 8 déc. 1893 Commune de Cazedomes 824, 8 mars 1935 Magnon *D.*, 1935-3-12 n. Heilbronner.

(98) *T.C.*, 11 déc. 1880 Granie 1003, 24 mai 1884 Linos *S.*, 1886-3-17. Tribunal civil de Chateaudun 22 janv. 1925, *D.*, 1927-2-73 n. Appleton (solution implicite).

(99) Précis de droit administratif 10e édit., p. 341 et s.

(100) *T.C.*, 27 mars 1848 Fabrique de l'Eglise de Lavelle 322, 16 mars 1857 Commune de Sorges 189, 26 juin 1880 Valette 613, 15 janv. 1881 Dasque 73. C. Cass. arrêt Maroué précité.

(101) *C.E.*, 28 février 1827 Mariotte 120, *C.E.*, 17 juin 1921 Jacquemet 594. Cass. 23 juin 1947, *S.*, 1947-1-149 rapoprt Castets.

(102) *C.E.*, 8 nov. 1946 Ville de Brides-les-Bains *J.C.P.*, 1947-4-12.

(103) V. *supra*, p. 254.

(104) Req. 16 juin 1835. *D.*, Repert : prat. v° *T.P.*, n° 1193, p. 1018.

d'eau montante (105), tel enfin le nivellement opéré par l'ancien propriétaire sur le terrain vendu par lui à une ville et destiné à être transformé en voie publique, mais non encore classé, ni livré à la circulation (106).

Il a été jugé de même que l'entretien d'une église, effectué au moyen de souscriptions volontaires par les membres d'une commission librement constituée à cet effet, n'était pas un travail public (107). Enfin, ne sont pas travaux publics, les travaux exécutés par une association syndicale libre (108).

Mais, dès qu'il est prouvé que les travaux ont un caractère d'utilité générale et sont exécutés pour le compte d'une personne publique, il y a travail public, quel que soit l'exécutant (109), ce qui permet ainsi aux simples particuliers d'exécuter des travaux publics de leur propre mouvement, leur caractère étant, en fin de compte, déterminé par le profit qu'en retire l'Administration.

La portée de l'enrichissement sans cause est donc très importante, mais on ne peut toutefois dire qu'il est reconnu par là aux administrés un *droit à suppléer* la carence administrative. Ils agissent, en effet, à leurs risques et périls, mais une fois terminés travaux et fournitures, un *droit à indemnité* naît en leur faveur, si leurs opérations ont été profitables à l'Administration. Si les tiers pouvaient suppléer directement la carence administrative, il ne serait pas nécessaire que leur action fut profitable : il suffirait qu'elle fut la sanction d'une faute de l'Administration. Mais le droit public n'accorde pas de telles possibilités d'action aux simples particuliers. Il leur reconnaît simplement la faculté d'une action indirecte (110).

Deux limites cependant existent à leur action.

En premier lieu, le simple particulier n'a aucun droit à indemnité, non seulement si son action n'a procuré aucun enrichissement, mais surtout s'il savait que les travaux effectués lui avaient été commandés par une autorité incompétente ou irrégulièrement habilitée (111). Ou bien, selon les cas, son indemnité sera diminuée, compte tenu de l'imprudence qu'il a ainsi commise (112).

Il ne faut pas ensuite que son action tende à l'usurpation de fonctions publiques. Le Code Pénal punit ce délit dans les articles 196 et 197, qui répriment l'exercice illégalement anticipé ou prolongé de l'autorité publique, dans l'article 258, qui réprime l'usurpation de fonctions publiques proprement dite, de la part des simples particuliers et, enfin, dans les articles 92, 93 et 94, qui répriment l'enrôlement non autorisé de soldats, l'usurpation

---

(105) *T.C.*, 23 mars 1907 Roumens, *S*, 1909-3-94.

(106) *C.E.*, 20 décembre 1878 Ville de Béziers 1071.

(107) *C.E.*, 12 mai 1868 Fabrique St-Vincent-de-Paul, *D.*, 1868-3-43, 1[illegible] février 1880 Mercier 183.

(108) *T.C.*, 18 juillet 1874 Langlade 703.

(109) *C.E.*, 28 juin 1837 Sté des Moulins d'Alby 276, 16 décembre 188[illegible] Commune de Plaisance, précité, 27 mai 1876 de Chaizière 496, 1er août 1884 Desrat 695, 22 juin 1928 de Sigalas *S.*, 1928-3-113 n. Hauriou et *D.* 1928-3-49 n. Pépy.

(110) On peut voir une application de ce principe dans la répétition de l'indû, action par laquelle les administrés ont le droit d'obtenir le remboursement des dépenses qu'ils ont effectuées au lieu et place de l'Administration qui avait omis de payer ses dettes : cf *C.E.*, 18 juin 1920 Rigault 526 concl. Corneille, 25 novembre 1921 Savonnerie Henri Olive 977 concl. Rivet. Sur ces points, v. Delcusy, *op. cit.*

(111) *C.E.*, 29 mars 1939 Boint *D.H.*, 1939-407.

(112) *C.E.*, 20 avril 1934 Verdier 305.

de commandement et l'emploi illégal de la force publique contre la levée des troupes.

Toutefois, cette limite est assez théorique. Car l'acte délictueux doit avoir été commis volontairement, le prévenu doit avoir su qu'il exerçait sans titre une fonction publique. Il doit avoir agi de mauvaise foi et dans l'intention de faire échec à l'Administration (113). La jurisprudence est, sur ce point, très libérale et sanctionne très rarement pareille infraction, surtout lorsqu'elle peut relever, par exemple, qu'elle a été commise dans le but de concourir à l'ordre public (114). Car, au fond, ce qu'à voulu empêcher le législateur par de telles dispositions, c'est l'action contre l'autorité publique elle-même, et non par la suppléance de l'exercice de cette autorité.

Il a surtout voulu empêcher les coups d'Etat et les révolutions... Ce sont là murailles de papier. Contre la force, la force seule peut vaincre. Et tôt ou tard, les gouvernements de fait deviennent légitimes. Il ne faut d'ailleurs pas confondre les problèmes soulevés par la légitimité des gouvernements de fait et ceux soulevés par la validité des actes des fonctionnaires de fait. Les gouvernements de fait visent, en effet, à un bouleversement du régime politique, alors que les fonctionnaires de fait tendent à assurer l'exercice régulier de l'Administration. Dans cette dernière hypothèse, la validité des actes trouve sa justification dans l'efficacité de l'exercice du pouvoir, alors que la légitimité des gouvernements de fait pose un problème relatif à la légitimité des origines du pouvoir. Mais c'est là une autre histoire que les juristes ne doivent pas perdre de temps à conter...

---

(113) Douai 31 janvier 1931, *S.*, 1932-2-167 n. O. Dupond sous Rouen 9 février 1943 Lièvre, *S.*, 1943-2-41.

(114) C. Bordeaux 10 janvier 1851, *S.*, 1852-2-445.

CHAPITRE V

LA MISE EN MOUVEMENT DE LA REPRESSION PENALE

SECTION 1. — LE POUVOIR DISCRETIONNAIRE DE L'AUTORITE PUBLIQUE

L'alinéa premier de l'article 1° du Code d'Instruction Criminelle dispose que l'action pour l'application des peines n'appartient qu'aux fonctionaires auxquels elle est confiée par la loi. Malgré la généralité de ces termes, cet article est cependant interprêté comme conférant au Ministre Public le monopole et un pouvoir discrétionnaire d'appréciation de l'exercice de l'action publique.

Cette interprétation est inexacte, car il est des cas dans lesquels les magistrats de jugement peuvent eux-mêmes mettre en mouvement l'action publique. L'article 235 du Code d'Instruction Criminelle autorise, en effet, les Cours d'Appel, tant qu'elles n'ont pas décidé qu'il y a lieu de prononcer la mise en accusation, à ordonner d'office des poursuites, de faire apporter les pièces, informer ou faire informer, qu'il y ait ou non instruction commencée par les premiers juges. L'article 379 du même code permet à la Cour d'assises d'ordonner des poursuites, si au cours des débats l'accusé est inculpé d'autres crimes que ceux dont il était accusé, si ces crimes nouvellement manifestés méritent une peine plus grave que les premiers.

Les autorités administratives ont elles aussi le droit d'intenter l'action publique dans les cas spécifiés par la loi. Cette tâche est souvent confiée aux administrations de l'octroi, des douanes, des contributions directes et indirectes (1), de l'enregistrement, des Ponts et Chaussées. Parfois, l'action de l'Administration exclut celle du Ministère Public. Ou bien leurs actions sont concurrentes. Ou bien le Ministère Public ne peut agir qu'avec l'assentiment de l'Administration.

Mais il arrive que le Ministère Public agisse seul, à la requête de l'Administration qui doit déposer une plainte préalable. La question qui se pose alors est de savoir si les administrés peuvent exiger que l'Administration dépose cette plainte. A cela, le Conseil d'Etat a répondu affirmativement. Le refus de mettre en mouvement les poursuites judiciaires est un acte administratif, car non encore inclus dans une procédure judiciaire, dont il peut connaître. L'Administration commet un excès de pouvoir ou une faute en refusant de poursuivre une infraction qu'une loi

(1) V. sur le pouvoir discrétionnaire d'appréciation de l'opportunité de l'Administration des finances en matière de trafic de l'or ou des devises étrangères : Jèze : « Appréciation par les gouvernements et leurs agents de l'opportunité d'agir », *R.D.P.* 1943, p. 1.

ou un règlement lui prescrit de poursuivre (2). Par contre, si cette prescription n'existe pas, si en refusant d'exercer des poursuites, l'Administration ne refuse pas d'appliquer la loi et les règlements, elle ne commet pas d'excès de pouvoir et sa responsabilité n'est pas engagée (3).

Enfin, étant donné que le refus de poursuivre consiste en un refus d'exécuter la loi, il ne peut être reproché à l'Administration de ne pas dénoncer, aux termes de l'article 29 du Code d'Instruction Criminelle, toute infraction venue à sa connaissance, si l'infraction est étrangère à l'exécution des dispositions dont elle doit assurer l'application (4).

Mais, même saisi par une plainte de l'Administration, le Ministère Public conserve un pouvoir discrétionnaire d'appréciation quant à l'opportunité des poursuites. Cela permet d'éviter des scandales à propos de délits peu graves. On ne peut prétendre que ce pouvoir est contraire aux dispositions de l'article 47 du Code d'Instruction Criminelle, car cet article signifie seulement que le Procureur de la République instruit de la commission d'un crime ou d'un délit, ne peut s'informer lui-même et doit, s'il veut agir, s'adresser au Magistrat instructeur. Donc, le Ministère Public a le droit de classer une affaire sans suite, et le particulier lésé ne peut le forcer à poursuivre, ni à conclure à la condamnation.

Par le recours hiérarchique, la victime d'une infraction peut bien demander au Garde des Sceaux d'enjoindre au Parquet d'engager des poursuites. Mais nous avons vu qu'il n'est pas de recours contentieux contre le refus du Garde des Sceaux d'exercer son pouvoir hiérarchique (5). Les simples particuliers sont ainsi totalement désarmés devant l'inertie du Ministère Public qui « a la faculté d'agir ou de ne pas agir, suivant les aspirations de sa conscience » (6)... et les ordres du Gouvernement.

Mais la loi donne aux victimes d'infraction la possibilité d'agir contre les délinquants, soit par la voie de la citation directe, soit par celle de la plainte devant le juge d'instruction avec constitution de partie civile. Elle leur confère ainsi une action parallèle destinée à prévenir l'inaction du Parquet et à assurer la réparation pénale de leurs légitimes revendications. Mais ces deux voies sont les seules : il n'existe pas, dans notre droit, d'autres vestiges de la procédure accusatoriale (7)).

---

(2) *C.E.*, 12 octobre 1934 Siskind, 11 janvier 1935 Colombino, *S.* 1935-3-41 n. P.L., en sens contraire deux anciens arrêts mais ayant trait à la police du domaine (refus de l'Administration de poursuivre des individus ayant contrevenu à des ordonnances relatives à la police domaniale) : *C.E.*, 3 décembre 1864 Lemoine 955, 25 avril 1867 de Cornac 402.

(3) *C.E.*, 26 février 1947 Lescalie 78.

(4) *C.E.*, 1er mars 1935 Angelliers, S., 1935-3-41.

(5) *Cf supra* p. 343.

(6) R. Garraud : « Traité Théorique et pratique d'instruction Criminelle et de Procédure civile. T. 1, p. 315, n° 143.

(7) V. sur ce point l'intéressante étude de Molina : « L'intervention ouvrière pour l'application des lois et conventions du travail », *Thèse Paris* 1940, qui propose de conférer aux délégués ouvriers le droit de mettre en mouvement l'action publique pour la répression des atteintes à la législation du travail.

SECTION 2. — LA MISE EN MOUVEMENT DE L'ACTION PUBLIQUE PAR LES SIMPLES PARTICULIERS

Le Ministère Public jouit donc du pouvoir discrétionnaire de mettre en mouvement l'action publique. Cela est dû au caractère inquisitorial de la procédure répressive française. Mais ce serait une erreur de croire que si ce caractère prédomine, il est en même temps le seul. La procédure inquisitoriale ne date, en effet, que de l'époque où le pouvoir royal stabilisé, voulut remédier à la vengeance privée, et pour ce faire, limiter la procédure accusatoriale qui, jusque là, était la règle. Mais il ne la supprima pas : c'est ce qui résulte expressément de l'Ordonnance Criminelle de 1670 qui conjugait les deux formes de procédure.

En effet, la procédure accusatoriale correspond à une vieille tradition juridique, fondée sur le droit légitime de la victime d'une infraction à en poursuivre l'auteur. A Rome, tout citoyen avait le droit de dénoncer et poursuivre l'auteur d'un délit public, l'individu lésé ayant seul le droit d'en faire autant contre l'auteur d'un délit privé (l'autorisation du prêteur ne sonsistant qu'en une simple formalité, destinée à règler des questions de compétence). Avec l'écroulement de l'Empire Romain et les invasions barbares, ces distinctions disparurent, la procédure devint totalement accusatoriale. On conçoit aisément quels pouvaient être les abus, le juge n'ayant pas le droit de se saisir d'office (sauf peut-être au cas de flagrant délit) et étant limité au rôle d'arbitre entre les parties.

La procédure inquisitoriale fut un notable progrès, d'autant plus qu'elle était en même temps devenue écrite et secrète. Néanmoins, l'inaction du Ministère Public risquant de léser la victime, on comprend dès lors fort bien que depuis l'ordonnance Criminelle de 1670 jusqu'aux Codes impériaux, les deux procédures aient été associées, le Ministère Public demeurant l'accusateur de droit commun et la victime ne pouvant remplir ce rôle que dans les cas prévus par la loi. Tous les auteurs s'accordent à voir en ce droit de la victime de mettre en mouvement l'action publique, un droit naturel, un principe fondamental de droit public qui garantit l'exercice des libertés publiques (8). Certains ont même parlé de droit populaire (9).

Cette dernière formule est certainement inexacte, ou du moins n'est pas exacte d'une façon générale, car la mise en mouvement de l'action publique ne peut, en principe, être provoquée par n'importe quel individu, mais seulement par la partie lésée par l'auteur de l'infraction. Cependant, elle cache une idée juste par laquelle la sanction de l'inertie du Ministère Public par la victime d'une infraction se différencie nettement de la sanction de l'inertie de l'Administration par les administrés. Nous avons vu, en effet, que celle-ci n'est juridiquement possible qu'à la condition de n'être pas exercée contre l'Administration, mais à sa place et pour elle. L'article 123 de la loi municipale et la théorie de l'enrichissement sans cause permettent aux admniistrés d'agir au nom de l'Administration ou de la faire profiter de leur activité. Mais cela n'est possible que parce que cette suppléance offre la forme de la collaboration : même lorsque l'ad-

---

(8) Savidan : « De la mise en mouvement de l'action publique par les particuliers et de ses abus », *Thèse Rennes* 1934, p. 14 et 53.

(9) Laurent Athalin, *D.*, 1907-1-207.

ministré agit dans son propre intérêt, il agit aussi dans celui de l'Administration.

Au contraire, dans les cas où la loi reconnaît aux simples particuliers le droit de mettre en mouvement l'action publique, ceux-ci agissent bien à la place de Ministère Public mais non pour lui. Il n'y a pas là collaboration par suppléance, mais sanction préventive d'une négligence ou d'une inertie calculée. Néanmoins, on ne peut y voir une action populaire, parce que seule la partie lésée peut mettre en mouvement l'action publique.

Il est cependant une action offerte aux simples particuliers qui tend à se rapprocher de l'action populaire. C'est elle qui résulte de l'article 123 de la loi du 15 mars 1849, qui autorise les seuls électeurs d'un collège qui aura procédé à une élection à l'occasion de laquelle des crimes ou des délits auront été commis, à porter plainte, étant entendu par ailleurs que leur défaut d'action ne peut porter aucun préjudice à l'action publique (10). Il faut noter toutefois que l'exigence de la qualité d'électeur n'en fait qu'une action quasi populaire. Mais l'ouverture en reste néanmoins très large : c'est probablement pour cette raison que la jurisprudence limite les effets de cette action au prononcé de dommages et intérêts (difficilement calculables, étant donné qu'il n'est pas exigé de préjudice personnel) (11) et non au prononcé d'une peine (12).

Mais si l'on fait exception de ces dispositions, lorsque la partie lésée utilise les voies de droit qui lui sont offertes par les articles 145 et 182 du Code d'Instruction Criminelle relatifs à la citation directe, et par l'article 63 du même Code relatif à la plainte avec constitution de partie civile devant le juge d'instruction, elle ne met pas en mouvement une action populaire.

Par la citation directe la partie lésée, mais la partie lésée seule, peut saisir le Tribunal correctionnel ou de simple police, à la condition de s'être obligatoirement constituée partie civile. L'action publique est ainsi automatiquement déclanchée : du moment que le plaignant qui excipe d'un préjudice personnel (matériel ou moral) direct et actuel (13) a saisi la juridiction répressive d'une action civile et qu'en même temps, il a précisé et qualifié les faits incriminés et indiqué le texte pénal applicable, le juge doit obligatoirement statuer sur l'action publique, même si le plaignant n'a pas demandé de peine contre l'auteur du délit (14). La citation directe devient dès lors impossible, lorsque l'action publique est irrecevable ou éteinte (15).

Il suffit donc d'être partie lésée par un délit ou une contravention (16) pour pouvoir utiliser la citation directe contre l'auteur d'une infraction : un prévenu peut fort bien utiliser cette voie de droit (17). Quant au Ministère Public, peu importe qu'il ait ou non pris des conclusions à l'audience, de toutes façons, l'action publique est mise en mouvement par la seule citation directe (18).

---

(10) Cf. aussi *D.*, 2 février 1852, art. 19.

(11) Laborde, Revue critique de législation et de jurisprudence 1895, T. 51, p. 173.

(12) Montpellier 10 novembre 1894, *G.P.*, 1895-1-25.

(13) Crim. 7 novembre 1936, *S.*, 1938-1-78.

(14) Crim. 15 novembre 1945, *S.*, 1946-1-95.

(15) Douai 10 mars 1880, *D.*, 1881-2-144. Crim., 16 juillet 1932, *S.*, 1932. *S.*, 1934-1-194.

(17) Rouen 26 juillet 1929, *D.H.*, 1929, 531.

(18) Garraud : « Traité d'Instruction Criminelle », T. 1, N° 152.

Toutefois, la citation directe n'est pas un remède général à l'inaction du Ministère Public. Elle ne peut, en effet, être utilisée contre inconnu, en matière criminelle, au cas de prévention contre un juge ou un officier de police judiciaire, ou l'un des fonctionnaires désignés par l'article 10 de la loi du 10 avril 1810, en matière de délits commis par les mineurs de 13 à 18 ans, en matière d'accaparement, de coalition et enfin d'infractions au Code disciplinaire et pénal de la marine marchande. Elle ne peut plus l'être si l'on a d'abord saisi le juge d'instruction : elle reste cependant possible contre une personne n'ayant pas fait l'objet de l'instruction requise (19).

Les limites ainsi tracées à la citation directe, il n'en reste pas moins qu'elle constitue une voie de droit utile. Elle apparaît essentiellement, par suite de l'absence possible du Ministère Public, comme un débat direct entre la victime et l'auteur de l'infraction. L'instruction étant faite à l'audience par le Tribunal, il semble que l'on assiste à une sorte de procès civil, mais susceptible d'aboutir au prononcé d'une peine, dans l'intérêt de l'ordre public, mais à la requête d'une partie privée.

Toutefois, la procédure de citation directe présente un défaut grave. En effet, la partie civile, à aucun moment, ne bénéficie de l'aide des Pouvoirs publics. Aussi, doit-elle réunir elle-même les preuves. On comprend dès lors que par ses propres moyens, cela lui soit très difficile, ce qui explique le très grand nombre de relaxes prononcées sur citation directe.

Aussi, n'est-il pas étonnant de constater que le procédé de la citation directe soit peu employé, au contraire de la plainte avec constitution de partie civile devant le juge d'instruction. Car, grâce à l'article 63 du Code d'Instruction Criminelle les victimes d'infractions peuvent mettre en mouvement l'action publique, en obligeant à l'action les magistrats chargés de poursuivre et d'instruire, alors qu'au contraire, la citation directe consiste essentiellement à se passer de l'assistance de ces magistrats. Cela explique que cette voie de droit soit règlementée minutieusement, de façon à éviter que l'action de la partie lésée ne tende pas à rendre les magistrats complices d'une querelle ou d'une vengeance privée. En effet, l'article 63 peut être utilisé par des diffamateurs, des maîtres-chanteurs professionnels, ou par des individus qui ont simplement intérêt à faire surseoir à un procès civil. Ces considérations, jointes à celles qui résultent de l'encombrement des juridictions d'instructions saisies par d'innombrables plaintes basées sur l'article 63, et de la divulgation par la presse de ce genre d'affaires, ont amené le législateur, par la loi du 2 juillet 1931, qui a modifié l'article 70 du Code d'Instruction Criminelle à remédier aux inconvénients résultant de l'usage de l'article 63.

Nous n'avons pas ici l'intention d'exposer tout au long la procédure qui résulte de l'article 63. Il nous suffira d'en marquer les traits essentiels.

Tout individu capable d'ester en justice qui peut prouver l'existence d'un fait punissable qui lui a été directement et personnellement (20) préjudiciable, a le droit, à la condition de viser

---

(19) Crim. 5 mai 1933, *D.H.*, 1933-318-319.

(20) Crim. 3 août 1937, *S.*, 1939-1-40, 20 février 1937, *S.*, 1939-1-1279 : Le Ministère Public est seul compétent pour poursuivre l'infraction d'exictation à la débauche.

l'infraction dans sa constitution de partie civile (21), si l'action publique n'est pas éteinte et s'il n'a pas été fait de citation directe, de saisir de sa plainte le juge d'instruction compétent, et de se constituer partie civile.

Dès lors, le juge d'instruction est obligé de recevoir la plainte, de la communiquer au Procureur de la République qui doit la lui retourner avec ses réquisitions. Le juge doit procéder à une information, et il est tenu de statuer par une ordonnance pour faire connaître les résultats de son intervention. « Attendu que la disposition de l'article 63 précité, renferme l'un des tempéraments apportés par la loi, notamment dans les articles 64, § 2, 145, 182 et 135 du Code d'Instruction Criminelle au principe général, suivant lequel, aux termes de l'article 1° du même Code, l'action pour l'application des peines n'appartient qu'aux fonctionnaires auxquels elle est confiée par la loi, que le droit pour la partie civile, de mettre en mouvement, à ses risques et périls, l'action publique devant le juge d'instruction s'accorde et se coordonne avec toutes les autres dispositions qui, notamment, dans les textes précités, établissent pour cette partie un droit parallèle à celui du Ministère Public » (22).

Avant la loi de 1931, doctrine et jurisprudence étaient d'accord pour dire que le juge d'instruction avait l'obligation d'informer contre la personne visée dans la plainte et de l'inculper même si les faits allégués étaient faux (23). Il n'en est plus maintenant ainsi, l'article 70 du Code d'Instruction Criminelle, stipulant en effet que le Procureur de la République, en présence d'une plainte insuffisamment motivée ou justifiée, peut requérir qu'il soit provisoirement informé contre toutes personnes que l'instruction fera connaître. L'information peut donc ainis être ouverte « in rem » et non plus nécessairement « in personam ».

De cela, la jurisprudence vient de tirer une conséquence très importante. Beaucoup de plaintes avec constitution de partie civile étant faites dans l'intention qu'il soit sursis à statuer dans une instance civile, par application de la règle, « Le criminel tient le civil en état », il a été jugé que, lorsque le Parquet a requis une information in rem, il n'y a pas lieu de considérer l'action publique comme intentée et, par conséquent, d'accueillir une demande de sursis à statuer (24).

On voit dès lors quel est l'intérêt de cette reprise en main de la procédure par le Ministère Public, qui n'ayant pas eu l'initiative de la mise en mouvement de l'action publique, retrouve sa toute puissance dans l'exercice de cette action.

Par ailleurs, la partie civile ne peut faire appel d'une ordonnance du juge d'instruction, que si elle fait grief à ses intérêts civils (article 135, alinéa 2 C. I. C.). Elle ne peut faire appel de l'ordonnance mettant l'inculpé en liberté provisoire : après notification de celle-ci, il lui est simplement possible de présenter ses observations (article 125 C. I. C.). En ce qui concerne les pourvois en cassation contre les arrêts de non lieu rendus par les Chambres d'accusation, à défaut de pourvoi formé par le

---

(21) Crim. 27 octobre 1934, *S.*, 1936-1-194.
(22) Cass. Crim. 8 décembre 1906, *D.*, 1907-1-207.
(23) Cass. 28 mai 1925, *D.*, 1926-2-121 n. Leloir.
(24) C. Paris, 1er et 10 juillet 1942, *G.P.*, 20 octobre 1942. Soc. 27 avril 1945, *S.*, 1946-1-121 n. Bouzat et n. Picard-Vizioz. Revue Trimestrielle de droit civil 1943, p. 203, 1945, p. 207.

Ministère Public, la partie civile ne peut, quant à elle, en former un, l'action publique étant alors considérée comme éteinte (25). Elle n'y est autorisée que si elle le joint à celui du Ministère Public, que s'il n'a pas été statué sur certains chefs d'accusation, ou que s'il a été statué seulement sur la compétence et si l'action de la partie civile a été jugée irrecevable.

L'inertie procédurale du Ministère Public, sa volonté de ne pas exercer plus avant l'action publique paralysent ainsi l'action de la partie civile. Mieux encore : celle-ci ne peut mettre à nouveau l'action publique en mouvement, même en demandant une réouverture d'instruction pour charges nouvelles (26), car l'article 63 est un texte qui déroge exceptionnellement à l'article 1° du Code d'Instruction Criminelle, et il n'est pas prévu de dérogation spéciale en matière de réouverture de l'instruction.

Toutes ces difficultés procédurales n'ont été semées à plaisir, que parce que ce reste de procédure accusatoire est considérée comme un mode primitif de répression trop apparenté à la justice privée. On s'explique mieux ainsi pourquoi la mise en mouvement de l'action publique par la partie lésée est subordonnée à la consignation préalable des frais, formalité substantielle, dont le défaut rend l'action irrecevable (27). La loi du 2 juillet 1931 est venue consacrer cet aspect « règlement de compte privé », de la procédure instituée par l'article 63. Jusqu'à elle, on avait essayé de remédier à l'usage abusif de l'article 63, en permettant à l'individu bénéficiaire d'un non lieu, de recourir contre la partie civile. Mais il lui était dfficile d'utiliser l'action en dénonciation calomnieuse, car il fallait prouver l'intention de nuire. Prouver la diffamation ? Mais elle suppose la publicité. Invoquer l'injure non publique ? Mais la plainte doit contenir des injures, ce qui est bien rare.

Le nouvel article 70, modifié par la loi de 1931, offre maintenant de sérieuses garanties à l'inculpé. S'il a été rendu une ordonnance de non lieu, l'inculpé peut demander des dommages et intérêts à son dénonciateur. Le Tribunal correctionnel où l'affaire a été instruite est compétent pour en connaître : son jugement seul est rendu en audience publique, et ce tribunal peut en ordonner la publication intégrale ou par extraits, dans un ou plusieurs journaux qu'il désigne. S'agissant enfin d'une procédure quasi privée, il est interdit à la presse, sous peine d'amende, de publier avant décision judiciaire, toute information relative à des constitutions de partie civile, faites en application de l'article 63.

Certains tribunaux ont qualifié la loi de 1931 de loi pénale (28). Cela est certainement exagéré. Si l'indemnité n'est pas due en l'absence de toute faute de la partie civile (29), la mauvaise foi n'est pas nécessaire, la témérité suffit, le retrait de la plainte avant l'ordonnance de non-lieu ne mettant pas fin à l'action publique et ne pouvant donc exonérer la partie civile (30). Le droit à indemnité n'est pas le droit à une péna-

---

(25) Crim. 5 février 1937, *D.H.*, 1937, p. 233.
(26) Cass. 2 février 1931, *D.H.*, 1931, p. 113.
(27) Cv. 23 janvier 1923, *D.*, 1923-1-23. Trib. Seine, 27 février 1926 *D.H.* 1926, 312.
(28) Trib. Correct. Montargis 29 oct. 1931, *G.P.*, 1932-L-9.
(29) V. cependant Ç. Lyon 26 décembre 1933, *D.H.*, 1934-140 qui a fait application de la théorie du risque
(30) Crim. 25 janvier 1945, *D.*, 1945-J-221.

lité : la jurisprudence en décide ainsi lorsqu'elle juge que l'action de l'inculpé ne peut donner lieu à la contrainte par corps (31) et que la loi de 1931 s'applique aux faits commis entérieurement à sa promulgation (32).

Par contre, la publicité des jugements ne constitue-t-elle pas une peine privée ? Des tribunaux ont affirmé qu'elle était seulement l'accessoire de la condamnation à des dommages et intérêts (33). L'article 70 n'est pas, en effet, une application des articles 1036 C. I. C. et 36 du Code Pénal, les premières dispositions n'ayant qu'une portée limitée et l'article 36 présupposant une intention délictueuse. Mais il est d'autres publicités qui constituent des peines privées : telle la publicité des jugements allouant des dommages et intérêts aux Compagnies de Chemin de fer. Cependant, des tribunaux considèrent que la publicité de l'article 70 n'est qu'une réparation que le juge ne peut prononcer sans que le demandeur en ait fait la demande (34), ce qui en prouverait bien la nature de réparation complémentaire.

Qu'il n'y ait pas pénalité au sens strict du terme, est certainement exact. Qu'il n'y ait pas peine privée sous forme de réparation civile, voilà qui, par contre, ne paraît pas tenir compte de l'intention du législateur. Car celui-ci a voulu rapprocher dans la sanction les dénonciations téméraires et calomnieuses, qui, avant la loi de 1931, entrainaient certes pour les auteurs, les mêmes risques sur le terrain des dommages et intérêts, mais non dans le domaine du droit pénal qui réprimait seulement la dénonciation calomnieuse.

En outre, la publication vise à atteindre la réputation du dénonciateur en même temps qu'à réparer l'honneur de l'inculpé. Dire qu'elle n'offre aucun caractère pénal parce qu'elle ne peut être prononcée d'office par le juge, c'est dire qu'il n'y a de peine que prononcée d'office, et que tout le reste n'est que réparation privée, même par l'intermédiaire d'un juge. Or, tout le problème est là. Et si l'on veut bien considérer que ce mode de réparation n'a été établi que parce que l'action publique a été mise en mouvement par un simple particulier, on est obligé de constater que la procédure accusatoire est un mode de règlement de conflits privés, dans lequel le juge joue un rôle d'arbitre, de modérateur, destiné à éviter les heurts et à liquider les querelles. L'on doit enfin rapprocher l'article 70 de l'article 136 C. I. C., qui déclare que la partie civile qui succombe en son appel sera condamnée à des dommages et intérêts envers l'inculpé, même — ajoute la jurisprudence — si celui-ci ne les demande pas. Quand on juge une action, on doit l'apprécier dans son ensemble, et il n'est pas niable que la mise en mouvement de l'action publique par un simple particulier, faite dans un but égoïste, contribue à donner à toute cette procédure un aspect mi-pénal, mi-civil, qui provient de ce que l'article 63 n'est pas fait essentiellement pour obvier à l'inertie du Ministère Public, ni pour subvenir aux besoins de la collectivité, mais pour protéger pénalement des intérêts privés.

---

(31) Crim. 8 juillet 1936, *D.H.*, 1936 509.
(32) Cf. Vidal et Magnol : « Cours de Droit Criminel », 6° édit., n° 901, et s.
(33) C. Orléans 6 février 1932, *G.P.*, 1932-1-785.
(34) Nîmes 3 novembre 1932, *D.H.*, 1933-62.

CONCLUSION

L'inertie fait-elle la force principale des Pouvoirs publics ? A cette question, que nous avons liminairement posée, nous sommes maintenant en mesure d'apporter une réponse, ou plus exactement plusieurs réponses.

Il n'est pas, en effet, de réponse unique, car les formes de l'inertie sont multiples. Par ailleurs, notre droit public qui est un produit de l'Histoire et non un système rationnel et cohérent, est loin de soumettre à un régime juridique unitaire les diverses activités des Pouvoirs Publics.

La forme la plus habile de l'inertie est, nous l'avons vu, le silence opposé par l'Administration aux requêtes qui lui sont présentées. Ce déni d'Administration, dans la quasi totalité des cas, ne peut, de nos jours, se produire, la règle de la décision implicite de rejet permettant, en effet, de lier le contentieux, malgré la mauvaise volonté ou les négligences de l'Administration. Mais cette règle n'a pas d'autre portée : elle n'est surtout pas le signe révélateur d'une obligation générale de faire, puisque le silence en tant que tel, ne peut être présumé fautif.

L'importance pratique de cette règle ne doit cependant pas être sous-estimée si l'on songe que le droit administratif est pour la plus grande part une création continue du juge administratif, dont le contrôle permet d'assurer le respect par l'Administration de la loi et des règlements.

Car c'est selon la loi et les règlements que s'ordonne l'activité des Pouvoirs Publics, et le simple particulier ne peut demander le fonctionnement à son profit des services publics, que dans la mesure où il est en « situation légale et règlementaire » de requérir ce fonctionnement, et plus précisément, dans la mesure où l'abstention des autorités ne peut être justifiée par leur pouvoir discrétionnaire.

A ce sujet, d'ailleurs, il faut distinguer suivant l'objet de la demande des simples particuliers.

Ceux-ci, en effet, peuvent en premier lieu mettre en cause l'abstention des Pouvoirs Publics à propos du défaut d'interaction réciproque des diverses autorités. Or, il n'appartient qu'à ces dernières de metre en mouvement les mécanismes internes de l'Administration. Ceci est particulièrement perceptible en ce qui concerne les rapports hiérarchiques et de tutelle. En ce qui concerne les rapports internationaux, tout contrôle contentieux de l'abstention étatique est également impossible pour des raisons analogues : car il conduirait à apprécier l'intervention diplomatique du Gouvernement auprès d'un Gouvernement étranger, intervention qui, comme telle, met en cause bien plus des rapports d'autorité à autorité que des rapports de droit. Dans le premier cas, le juge rejette tout recours en raison du pouvoir

discrétionnaire de l'Administration ; dans le second, il déclare tout recours irrecevable, en raison de la théorie des actes de gouvernement.

Il en est de même si l'on considère l'abstention de l'autorité concédante qui ne fait pas pression sur son concessionnaire pour qu'il fasse bénéficier les tiers des stipulations de l'acte de concession, ou le refus du Gouvernement de déposer un projet de loi devant les Chambres. Les simples particuliers ne peuvent en effet, pas exiger que le concédant prenne des sanctions contre le concessionnaire, ni que le Gouvernement dépose un projet de loi : la notion de pouvoir discrétionnaire, dans le premier cas, et d'acte de Gouvernement dans le second, s'opposent au contrôle du juge.

Par contre, le droit à la mise en mouvement des services publics apparaît, dès lors que la demande, bien qu'incriminant l'abstention dans les rapports inter-autorités, s'analyse en une demande d'exécution directe du service public. C'est ainsi que le Gouvernement doit exécuter la loi et les règlements, le concédant doit obliger le concessionnaire à accorder aux usagers le bénéfice prévu pour eux dans l'acte de concession. C'est ainsi que l'abstention dans la hiérarchie ou la tutelle peut entraîner la responsabilité des autorités supérieures et inférieures : à la condition que les rapports internes ne soient pas incriminés comme tels, mais seulement dans leurs effets. La vie intérieure des Pouvoirs Publics échappe ainsi au contrôle du juge, qui ne peut sanctionner l'abstention que dans la mesure où elle contrevient au principe de la subordination normative et non à celui de la subordiation hiérarchique (au sens large du terme).

Ce phénomène s'aperçoit très nettement en matière d'inexécution par l'Administration des décisions de justice. Cette inexécution n'est, en effet, répréhensible que parce qu'elle enfreint le principe de l'autorité de la chose jugée et non un ordre contenu dans la formule exécutoire.

Il n'est pas douteux que pareilles considérations n'aient influencé la jurisprudence relative à la notion d'acte détachable en matière d'acte de gouvernement, spécialement en ce qui a trait au refus de protection diplomatique, qui tombe sous le coup du droit commun, chaque fois que le juge estime que la protection diplomatique était sans rapport avec une possible intervention diplomatique. On peut cependant regretter que la jurisprudence ait adopté une attitude restrictive en ce qui concerne l'inexécution des traités (tout au moins l'inexécution tournée vers l'ordre interne).

On peut donc conclure que les simples particuliers ont droit au fonctionnement des services publics, mais seulement dans la mesure où ils ont droit à l'exécution de la loi et des règlements.

Mais il s'agit d'un droit individuel. Dès lors, il est normal de reconnaître un pouvoir discrétionnaire à l'Administration en ce qui concerne l'édiction des règlements, la création et l'organisation des services publics, et l'exécution des travaux publics.

Dans toutes les autres hypothèses, les simples particuliers sont en droit d'incriminer les décisions individuelles par lesquelles l'Administration refuse de leur accorder les prestations auxquelles ils ont droit, l'exécution du service public étant soumise aux principes de légalité et d'égalité, dont la méconnaissance peut entraîner la responsabilité de l'Administration.

Nous disons « peut et non « doit », car cette dissociation des notions de légalité et de responsabilité, déjà nettement perceptible en matière de travaux publics, est la marque propre de notre droit public. Si donc l'abstention des Pouvoirs Publics peut être déclarée illégale, elle n'est pas automatiquement génératrice de responsabilité à leur charge, prouvant par là qu'elle n'est pas un manquement à une obligation de faire au sens civiliste du terme, puisque selon l'article 1142 du Code civil, toute inexécution d'obligation de faire, est en tant que telle, fautive et se résout en dommages et intérêts.

La responsabilité des Pouvoirs Publics n'est, en effet, ni générale, ni absolue. Elle dépend des circonstances de l'espèce et des possibilités propres à chaque service. Ceci nous explique peut-être pourquoi la responsabilité de l'Etat en matière juridictionnelle, ne peut être mise en cause que de façon indirecte et dans des cas limitativement énumérés, et pourquoi de ce fait elle reste théorique.

∴

Il faut dons reconnaître que les Pouvoirs Publics doivent exécuter, au profit des simples particuliers, des obligations de faire qui, si elles ne sont pas soumises au régime du droit privé, n'en existent pas moins. Toutefois, si le droit des individus au fonctionnement des services publics est certain, la sanction de ce droit fait défaut.

En effet, il n'est pas de contrainte exerçable à l'encontre des Pouvoirs Publics. Le juge administratif ne possède, ni pouvoir d'injonction, ni pouvoir de substitution ou de réformation. Il peut simplement utiliser la formule du renvoi pour ce que de droit ou prononcer contre l'Administration une condamnation alternative, exécuter ou payer, à défaut d'une astreinte et de tout autre mode de voie d'exécution contre les biens de l'Administration. Quant à la responsabilité personnelle des fonctionnaires, elle est en la matière des abstentions pratiquement inefficace et, à ce titre, ne constitue qu'une faible menace de contrainte indirecte pour forcer l'Administration à exécuter ses obligations et spécialement à exécuter la chose jugée...

Tant et si bien que la mauvaise volonté systématique de l'Administration peut, en fin de compte, aboutir à la résolution du droit des particuliers en un simple droit à indemnité. Apparemment, il y a là une situation analogue à celle qui est prévue par l'article 1142 du Code civil. Mais en droit privé, l'exécution en nature n'est prohibée que lorsqu'elle est susceptible d'aboutir à une atteinte à la personne et à la liberté du débiteur. En droit public, il en est différemment. Si les simples particuliers possèdent seulement le droit, mais non le pouvoir, d'exiger à leur profit le fonctionnement des services publics, c'est en raison d'un principe fondamental de notre droit public, en raison de la nature même de la Puissance Publique qui, en tant que telle, ne peut être contrainte.

Il y a là pour les autorités une position très forte, qui tend naturellement à consolider l'arbitraire administratif. Toutefois, il faut remarquer que l'Etat et les gouvernants ne peuvent subsister sans la confiance des gouvernés et que les lois de l'équilibre politique, à défaut des contraintes juridiques, poussent les Pouvoirs Publics à l'action.

Il n'en demeure pas moins qu'un pareil système juridique, par suite de ce manque de sanctions, apparaît imparfait. Il peut être amélioré sur certains points : le droit des contribuables d'exercer les actions des communes, le droit des justiciables de mettre en mouvement l'action publique, l'application de la théorie de l'enrichissement sans cause et de la fonction de fait, montrent qu'il est possible d'organiser en droit positif une certaine suppléance des Pouvoirs Publics par les simples particuliers.

Peut-on aller plus loin ? Il semble que non. La notion de contrainte apparaît, en effet, étrangère au droit public en général. Le droit international public est l'exemple type du droit non sanctionné. Il faut en dire autant du droit constitutionnel, tout au moins en France où il n'existe pas de contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois.

Le droit administratif, par contre, est un droit plus parfait, puisque les Pouvoirs Publics sont contrôlés par le juge. Ceci est dû au fait que pour une très grande part, il règlemente les rapports des autorités avec les individus, alors que les autres branches du droit public ont surtout pour tâche d'organiser les rapports entre autorités.

Mais nous ne croyons pas que ce contôle juridictionnel puisse jamais être assorti d'aucune contrainte à l'égard des Pouvoirs Publics. Car, il n'est pas concevable que la force publique puisse être utilisée contre elle-même.

Vu : Le Doyen,
pour le Doyen :
J. Magnol

Le Président de la Thèse,
Paul Couzinet

Vu et permis d'imprimer,

Toulouse, le 27 juillet 1948

Le Recteur :
pour le Recteur :
J. Magnol

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GENERAUX

ALIBERT. — *Le contrôle juridictionnel de l'Administration.*

APPLETON. — *Traité élémentaire du Contentieux Administratif* (1927).

BARTHÉLÉMY et DUEZ. — *Traité de droit constitutionnel,* 2me édit.

BEUDANT. — *Cours de Droit civil français,* 2me édition.

BONNARD. — *Manuel de Droit administratif,* 4me édition.

— *Le Contrôle juridictionnel de l'Administration.*

— *Le Droit et l'Etat dans la doctrine nationale-socialiste.*

CARRÉ DE MALBERG. — *Contribution à la théorie générale de l'Etat*

— *La loi, expression de la volonté générale.*

COLIN et CAPITANT. — *Cours Elémentaire de Droit civil français,* édition 1942.

CRUET. — *La vie du Droit et l'impuissance des lois.* Flammarion 1908.

DONNEDIEU DE VABRES. — *Traité de Droit criminel et de Législation pénale comparée,* 3me édition.

DUEZ. — *Les actes de Gouvernement.* — *La responsabilité de la puissance publique,* édition 1938.

DUGUIT. — *Traité de Droit constitutionnel.* — *Les transformations du droit public.* — *L'Etat, le droit objectif et la loi positive.*

— *L'Etat, les gouvernants et les agents.* — *Manuel de Droit constitutionnel,* édition 1907.

ESMEIN et NEZARD. — *Eléments de Droit constitutionnel,* 8me édit.

GARRAUD. — *Traité théorique et pratique de Droit pénal français.*

— *Traité théorique et pratique d'Instruction criminelle et de procédure civile.*

GARRAUD (P.) et LABORDE-LACOSTE. — *Exposé méthodique de Droit pénal,* édition 1943.

GARSONNET. — *Traité élémentaire des voies d'exécution.*

GARSONNET et CÉZAR-BRU. — *Traité de Procédure civile et commerciale,* 3me édition.

GIRAUD. — *La crise de la démocratie et le renforcement de l'exécutif.*

GLASSON et TISSIER. — *Précis de procédure,* 2me édition.

GOYET. — *Précis de Droit pénal spécial,* 4me édition 1941.

HAURIOU (M.). — *Précis de Droit administratif,* 10me édition. — *Précis de Droit constitutionnel,* 2me édition. — *Principes de Droit public,* 2me édition.

JAPIOT. — *Traité élémentaire de Procédure civile,* 2me édition.

JEZE. — *Principes généraux de Droit administratif.*

JOSSERAND. — *Cours de Droit civil positif français* 1939.

LAFERRIIÈRE — *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2me édition.
LAFERRIÈRE (J.). — *Manuel de Droit constitutionnel.*
LAROQUE et MASPETIOL. — *La tutelle administrative*, 2me édit. 1930.
LEROY. — *La loi. Essai sur la théorie de l'autorité dans la démocratie*, Sirey, 1930.
MOREAU. — *Le règlement administratif.*
MORIN. — *La loi et le contrat, décadence de leur souveraineté*, Alcan, 1927.
PIERRE. — *Traité de Droit politique électoral et parlementaire.*
RENOUVIER. — *Science de la Morale.*
ROSSI. — *Cours de Droit constitutionnel.*
ROUSSEAU (J.-J.). — *Du contrat social.*
ROUSSEAU. — *Traité de Droit international.*
SCELLE. — *Précis de Droit des gens*, édition 1934. — *Manuel élémentaire de Droit international* 1943.
TAINE. — *Les origines de la France Contemporaine. — La Révolution*, T. 1.
TESSIER. — *Traité de la responsabilité de la puissance publique.*
VIDAL et MAGNOL. — *Cours de Droit criminel et de science pénitentiaire*, 3me édition.
WALINE. — *Manuel élémentaire de Droit administratif*, 3me et 4me édition.

OUVRAGES SPECIAUX. — THESES

AGULHON. — *La responsabilité de l'Etat à raison des condamnations pécuniaires contre les fonctionnaires de l'ordre judiciaire*, Thèse Montpellier, 1923.
ALEXANDRESCU. — *L'enrichissement sans cause, considéré comme source d'obligation quasi contractuelle en Droit administratif*, Thèse Paris, 1930.
ALIBERT. — *Obligations et responsabilité des distributeurs d'énergie électrique*, Thèse Paris, 1937.
ALLIEN. — *De la participation de l'exécutif à la confection de la loi en droit positif comparé*, Thèse Montpellier, 1939.
ALLIER. — *De l'obéissance due par l'Administration active à la chose jugée par la juridiction administrative*, Thèse Paris, 1923.
ALTAIRAC. — *De la compétence en matière de travaux publics*, Thèse Bordeaux, 1902.
ANTY. — *Le concours, mode de recrutement des fonctionnaires publics*, Thèse Paris, 1936.
ARBUS. — *Concessions dans les cimetières*, Thèse Paris, 1924.
BARBIER. — *L'intervention diplomatique d'un Etat pour la protection de son national à l'étranger*, Thèse Paris, 1935.
BARTHÉLÉMY. — *Le rôle du Pouvoir exécutif dans les Républiques modernes.*
BATTELI. — *Les institutions de démocratie directe en Droit Suisse et comparé moderne*, Thèse Genève, 1933.
BAUDIN. — *Essai sur la relativité de la force exécutoire des décisions de justice*, Thèse Dijon, 1931.
BÉGUIN. — *Des actes des autorités administratives qui échappent au recours pour excès de pouvoir*, Thèse Paris, 1911.
BERGER. — *Réaction contre les abus de constitution de partie civile*, Thèse Rennes, 1938.

BERTEAUD. — *De la responsabilité personnelle des fonctionnaires administratifs envers les particuliers,* Thèse Bordeaux, 1922.
BERTHOMIER. — *Du régime juridique des offres de concours en matière de travaux publics,* Thèse Paris, 1934.
BEZIN. — *Des autorisations et approbations en matière de tutelle administrative,* Thèse Toulouse, 1906.
BICHOFF. — *Fonction publique et contrat,* Thèse Nancy, 1927.
BIDERMANN. — *La responsabilité civile des magistrats,* Thèse Dijon, 1911.
BIGARD. — *Le principe de l'inscription d'office dans les budgets communaux,* Thèse Paris, 1904.
BIOUX. — *La position de la jurisprudence française vis-à-vis des traités internationaux,* Thèse Lille, 1933.
BLANC. — *De quelques moyens de gouvernement direct en matière municipale et spécialement du référendum communal,* Thèse Paris, 1904.
BLONDEAU. — *La concession de service public,* Thèse Grenoble, 1933.
BODIN. — *Les grèves avec occupation.* Thèse Aix, 1938.
BONNARD. — *De la répression disciplinaire.* Thèse Bordeaux, 1907.
BONNET. — *La promulgation,* Thèse Poitiers 1908.
BONNET SAINT-GEORGES. — *L'article* 123 *de la loi municipale et la protection des contribuables communaux,* Thèse Dijon 1939.
BOMPARD. — *Le veto du Président de la République et la sanction royale,* Rousseau 1906.
BOUFFANOIR. — *Les consuls en temps de guerre et de trouble,* Thèse Paris, 1933.
BOUGRAT. — *L'obéissance hiérarchique,* Thèse Paris, 1934.
BOULARD. — *Le respect par l'Administration active des décisions du Conseil d'État au contentieux,* Thèse Paris, 1932.
BOULEN. — *De la responsabilité envers les particuliers des fonctionnaires administratifs autres que les ministres.* Thèse Rennes, 1902.
BOYER. — *La notion de transaction.* Thèse Toulouse 1947.
BUJARD. — *La faute professionnelle dans la magistrature.* Thèse Dijon 1914.
BULOT. — *Voies d'exécution contre les communes.* Thèse Paris 1909.

CAHEN. — *La loi et le règlement.* Thèse Paris 1903.
CASENAVES. — *Les arbres et les voies publiques.* Thèse Paris 1937.
CENDRE. — *L'offre de concours en matière de chemins de fer.* Thèse Paris, 1927.
CÉZAR-BRU. — *L'exercice de l'action publique par les simples particuliers.* Thorin, 1893.
CHABANON. — *Le contrôle des contribuables.* Thèse Lyon, 1904.
CHAILLEY. — *La nature juridique des traités.* Thèse Paris, 1932.
CHATELAIN. — *La compétence discrétionnaire du gouvernement dans l'application des lois et jugements.* Thèse Paris, 1942.
CHAVANON. — *Les services publics industriels et commerciaux.* Thèse Bordeaux, 1939.
CHEVALLIER. — *Instructions de service et recours pour excès de pouvoir.* Thèse Nancy, 1924.
CHEVALLIER. — *Nature juridique des offres de concours à un service public.* Thèse Rennes, 1924.
CHEVILLOTTE. — *La formule exécutoire.* Thèse Paris, 1901.
CHRÉTIEN. — *Du contrôle des finances locales.* Thèse Strasbourg-Clermont-Ferrand, 1944.

Comte. — *Essai d'une théorie d'ensemble de la concession de service public.* Thèse Paris, 1934.
Coste-Floret. — *La votation populaire fédérale en Suisse de 1874 à 1935.* Thèse Montpellier 1938.
Cot. — *La responsabilité des fonctionnaires.* Thèse Paris, 1922.
Cottez. — *De l'intervention du pouvoir exécutif et du parlement dans la conclusion et la ratification des traités.* Thèse Paris, 1920.
Cottin. — *L'ordre hiérarchique et la responsabilité des agents publics.* Thèse Rennes, 1941.
Crémery. — *Des pouvoirs du juge dans le contentieux administratif des élections.* Thèse Paris, 1936.
Cruet. — *Etude juridique de l'arbitraire gouvernemental.* Thèse Paris 1906.
Cuche. — *Pouvoirs et actes d'administration.* Thèse Caen, 1891.

Damerville. — *La nature juridique de la créance d'impôt.* Thèse Paris, 1937.
Dandurand. — *Le mandat impératif.* Thèse Bordeaux, 1896.
Debelmas. — *La pratique administrative.* Thèse Toulouse, 1932.
Debrie. — *Occupations d'usines et interventions administratives.* Thèse Dijon, 1938.
Decluzy. — *Le quasi contrat en droit administratif.* Thèse Paris 1931.
Defert. — *Exécution des jugements contre les personnes morales de droit administratif.* Thèse Paris, 1910.
Defrénois. — *La faute du service public.* Thèse Bordeaux, 1937.
Dehousse. — *La ratification des traités.* Thèse Liège, 1935.
Deleau. — *L'évolution du pouvoir disciplinaire sur les fonctionnaires civils de l'Etat.* Thèse Paris, 1933.
Delvové. — *De la délégation de matière en droit public.* Thèse Toulouse 1930.
Deroulède. — *La prise à partie.* Thèse Bordeaux, 1895.
Desaint. — *Essai de classification juridique des actes et attribution des Consuls.* Thèse Paris, 1927.
Dethan. — *Les dépenses obligatoires des budgets départementaux et communaux.* Thèse Paris, 1914.
Dilhac. — *Les pouvoirs de police judiciaire et d'instruction préparatoires des Préfets.* Thèse Bordeaux, 1937.
Divanach. — *Les responsabilités des fonctionnaires en droit français.* Thèse Rennes, 1935.
Donnadieu. — *Les consuls de France.* Thèse Paris, 1928.
Donval. — *Le refus des autorités publiques de déférer à la formule exécutoire.* Thèse Rennes, 1939.
Drouille. — *Le pouvoir disciplinaire sur les fonctionnaires publics.* Thèse Toulouse, 1900.
Duc. — *La prise à partie.* Thèse Bordeaux, 1935.
Ducombeau. — *La gestion d'affaire en droit public.* Thèse Toulouse, 1922.
Duez. — *De l'indépendance des autorités législatives et des autorités réglementaires dans la fixation des règles de droit.* Thèse Lille, 1914.
Dupeyroux. — *La responsabilité des fonctionnaires.* Thèse Paris, 1923.
Dupré. — *Essai sur la prise à partie des magistrats en matière répressive.* Thèse Toulouse, 1932.

DUTRUCH. — *Les conflits négatifs d'attribution.* Thèse Paris, 1927.

FAYOLLE. — *La force exécutoire des décisions de justice vis-à-vis des administrations publiques.* Thèse Nancy, 1926.

FIGERON. — *La formule exécutoire.* Thèse Bordeaux, 1907.

GARAS. — *La sélection des cadres administratifs.* Thèse Poitiers, 1936.

GASQUET. — *La nature juridique des règlements d'Administration publique.* Thèse Paris, 1912.

GENICON. — *De la règle nemo praecise potest cogi ad factum.* Thèse Bordeaux, 1910.

GENY (B.). — *Essai d'une théorie générale de la collaboration des administrés avec l'Administration en dehors de leurs rapports contractuels.* Thèse Nancy, 1930.

GERMAIN. — *La partie civile et la mise en mouvement de l'action publique.* Thèse Dijon, 1933.

GIBERT. — *La discipline des fonctionnaires publics.* Thèse Paris, 1912.

GIRAUT. — *L'apparence source de responsabilité.* Thèse Paris, 1937.

GIUDICELLI. — *Usurpation des fonctions publiques.* Thèse Toulouse, 1910.

GLEIZES. — *Les astreintes.* Thèse Montpellier, 1935.

GOBRON. — *Des sources du droit de grâce.* Thèse Paris, 1893.

GOLDENBERG. — *Le Conseil d'Etat juge du fait.* Thèse Paris, 1932.

GOSSET. — *Distributeurs d'électricité et usagers.* Thèse Paris, 1935.

GOUET. — *La question constitutionnelle des prétendus Décrets-lois.* Dalloz, 1932.

GOUTTENOIRE. — *La carence des pouvoirs publics en matière administrative et fiscale.* Paris, Bossuet, 1933.

GOYET. — *Le ministère public en matière civile et en matière répressive et l'exercice de l'action publique.*

GRACH. — *Limites des pouvoirs des tribunaux sur les actes administratifs.* Thèse Paris, 1912.

GRANDCOLLOT. — *Responsabilité de l'Etat en matière judiciaire.* Thèse Paris, 1935.

GRANDMAISON (de). — *Les associations de communes.* Thèse Paris, 1921.

GRELAT. — *L'instruction de service.* Thèse Nancy, 1908.

GROS. — *Survivance de la raison d'Etat.* Thèse Paris, 1932.

GUILLE. — *L'alignement des voies publiques.* Thèse Paris, 1938.

GUILLIEN. — *L'acte juridictionnel et l'autorité de la chose jugée.* Thèse Bordeaux, 1931.

GUILMARD. — *De la notion de juridiction gracieuse en droit français.* Thèse Caen, 1913.

HEINE (de). — *Origines et histoire de la prise à partie.* Thèse Bordeaux, 1928.

HENRY. — *Nature et portée des décisions judiciaires en matière gracieuse.* Thèse Nancy, 1913.

HERVY. — *Action publique et action disciplinaire.* Thèse Caen, 1899.

HOCHE. — *La responsabilité de l'Etat et des Communes dans les grèves d'occupation.* Thèse Nancy, 1937.

HUC. — *Droits du pouvoir exécutif en ce qui concerne l'exécution des lois.* Toulouse, Rivière, 1880.

HUGOT-DERVILLE. — *Le principe hiérarchique dans l'administration.* Thèse Paris, 1913.

HUGUENEY. — *L'idée de peine privée.* Thèse Dijon, 1904.

JOLY. — *Le droit de pétition.* Thèse Paris, 1900.
JOURNEUX. — *Le contrôle du contribuable sur la gestion financière des communes.* Thèse Paris, 1940.
KATZ. — *L'arbitrage obligatoire et l'exécution des sentences arbitrales.* Thèse Paris, 1938.
KELLERSHOHN. — *Des effets de l'annulation pour excès de pouvoir.* Thèse Bordeaux, 1915.

LABAYLE. — *La décision préalable.* Thèse Paris, 1907.
LABBE. — *L'acte législatif.* Thèse Paris, 1889.
LACOMME. — *Comparaison entre le droit de grâce et la libération conditionnelle.* Thèse Toulouse, 1910.
LADRET DE LACHARRIÈRE. — *Le contrôle hiérarchique de l'Administration dans la forme juridictionnelle.* Thèse Paris, 1937.
LAFERRIÈRE. — *Le gendarme dans l'exercice de la police judiciaire.* Thèse Dijon, 1932.
LAINVILLE. — *Le budget communal,* 6me édition.
LALLEMAND. — *Exécution des jugements intervenus à l'encontre des débiteurs et locataires.* Thèse Nancy, 1939.
LAROQUE. — *Les usagers des services publics industriels.* Thèse Paris, 1933.
LAURENT. — *De l'autorité des décisions des Tribunaux administratifs.* Thèse Aix, 1941.
LAUTECAZE. — *Les pouvoirs de police judiciaire du préfet.* Thèse Bordeaux, 1939.
LE BALLE. — *Nature du droit du concessionnaire de sépulture.* Thèse Paris, 1924.
LERICHE. — *Les décrets du Chef de l'Etat ayant force de loi.* Thèse Paris, 1941.
LEVÊQUE. — *Actes d'administration discrétionnaire.* Thèse Paris, 1899.
LÉVY. — *L'ordre hiérarchique.* Thèse Dijon, 1913.
LEYDET. — *Les syndicats de communes.* Thèse Paris, 1936.
LIARD. — *L'infraction pénale dans le fonctionnement du service public.* Thèse Paris, 1939.
LODOVICI. — *L'évolution de la notion de pouvoir discrétionnaire.* Thèse Lille, 1937.
LUCHAIRE. — *La Cour supérieure d'arbitrage, juridiction administrative.* Thèse Caen. 1942.

MADELEINE. — *Les dommages causés par les travaux publics.* Thèse Caen, 1907.
MANDRETTE. — *Les instructions des supérieurs hiérarchiques.* Thèse Paris, 1908.
MARCILLE. — *De l'exécution en nature des obligations de faire ou de ne pas faire.* Thèse Rennes, 1931.
MARBET. — *L'inscription d'office dans le budget communal.* Thèse Dijon, 1913.
MARTIGNAT. — *La force publique et l'exécution des jugements.* Thèse Strasbourg-Clermont-Ferrand, 1944.
MASSIN. — *L'exécution forcée des obligations de faire.* Thèse Paris, 1893.
MASSON. — *Le contentieux des adjudications publiques en matière de travaux publics.* Thèse Paris, 1937.
MATHIOT. — *Les accidents causés par les travaux publics.* Thèse Paris, 1934.
MERLE. — *Essai de contribution à la théorie générale de l'acte déclaratif.* Thèse Toulouse, 1948.

MESTRE. — *L'autorité compétente pour déclarer l'Etat débiteur.* Thèse Paris, 1899.
MIMEREL. — *Les stipulations en faveur des ouvriers dans les entreprises de travaux publics.* Thèse Paris, 1910.
MOLINA. — *L'intervention ouvrière dans l'application des lois et conventions du travail.* Thèse Paris, 1940.
MOLLIET. — *Le Pouvoir hiérarchique.* Thèse Paris, 1909.
MORANGE. — *Contribution à la théorie générale des libertés publiques.* Thèse Nancy, 1940, p. 86.
MOURON. — *Des poursuites disciplinaires.* Thèse Paris, 1885.

NAUROIS (DE). — *Les traités internationaux devant les juridictions nationales.* Thèse Toulouse, 1934.
NESMES DESMARETS. — *La responsabilité des magistrats.* Thèse Montpellier, 1910.
NESTOR. — *Le contrôle du Préfet sur l'Administration communale.* Thèse Paris, 1931.
NEZARD. — *Les principes généraux du Droit disciplinaire.* Thèse Paris, 1903.
NICHET. — *La compensation.* Thèse Montpellier, 1934.
NICOLAESCO. — *Gestion d'affaires des intérêts privés par les services ou fonctionnaires publics.* Thèse Paris, 1921.
NICOLOPOULOS — *L'acte de ratification et sa place dans la procédure diplomatique de conclusion des traités.* Thèse Lyon, 1942.
NOËL. — *De l'autorité du traité comparée à celle de la loi.* Thèse Paris, 1921.
NOËL (Marc). — *La notion du travail public.* Thèse Paris, 1924.

OUDOT. — *La compensation des créances de l'Etat avec les créances de dommages de guerre.* Thèse Paris, 1914.

PALOQUE. — *La distinction entre la faute personnelle et la faute de service.* Thèse Paris, 1909.
PARRICAL DE CHAMMARD. — *Le recours contre le déni d'Administration.* Thèse Paris, 1911.
PATAU. — *Situation comparée des agents diplomatiques et consulaires.* Thèse Paris, 1910.
PEIWEI S. S. LUI. — *De l'élargissement de pouvoir règlementaire de Chef de l'Etat français.* Thèse Paris, 1934.
PÉQUIGNOT. — *Théorie générale du contrôle administratif.* Pedone, 1945.
PERREAU. — *La responsabilité des fonctionnaires.* Thèse Bordeaux, 1894.
PETEL. — *La responsabilité du Ministère Public et des Officiers de police judiciaire.* Thèse Paris, 1901.
PICHARD. — *De l'extension des attributions du Tribunal des conflits.* Thèse Paris, 1933.
POUCEL. — *L'abstention et le retard de l'autorité publique dans l'exécution des jugements des Tribunaux judiciaires.* Thèse Aix, 1943.
PRADAL. — *La notion de dépenses obligatoires dans les budgets communaux.* Thèse Montpellier, 1928.
PROUTEAU. — *Les occupations d'usines en Italie et en France.* Thèse Paris, 1937.

QUANCARD. — *L'adjudication des marchés publics.* Sirey, 1945.

RAICIU. — *Légalité et nécessité.* Thèse Paris, 1933.

RENARD. — *Du contrôle du service public et de l'application des lois pénales par les associations privées.* Thèse Montpellier, 1914.
RENAULT. — *Des actes discrétionnaires.* Thèse Paris, 1899.
RICARD. — *Droit et jurisprudence en matière de P. T. T.*
RICHARD. — *Le droit de pétition.* Thèse Aix, 1932.
RICOL. — *Tendances du Droit disciplinaire.* Thèse Toulouse, 1908.
RIVERO. — *Les mesures d'ordre intérieur administratif.* Thèse Paris, 1934.
ROQUES. — *La notion d'enrichissement sans cause en Droit administratif.* Thèse Montpellier, 1930.
ROUAST. — *Fondement de la responsabilité pour dommages causés aux personnes par les travaux publics.* Thèse Lyon, 1910.
ROUHAUD. — *Les occupations d'usines.* Thèse Paris, 1939.
ROUSSEAU. — *Expulsion des locataires par voie de référé.* Thèse Paris, 1937.
ROUSSEAU. — *Essai d'une théorie de la fonction publique et des fonctionnaires de fait.* Thèse Lille, 1914.
ROUSSEL. — *Conmpensation et imputation en matière fiscale.* Thèse Lille, 1906.
ROUX-DESSARPS. — *De la grâce.* Thèse Paris, 1898.
RULLEAU. — *De la grâce en Droit constitutionnel.* Thèse Bordeaux, 1911.
RUSU. — *Les décrets-lois dans le régime constitutionnel de* 1875. Thèse Bordeaux, 1942.

SAGHIN. — *Actes susceptibles d'être attaqués par le recours pour excès de pouvoir.* Thèse Bordeaux, 1929.
SALOMON. — *Les occupations d'usines devant la loi et les tribunaux.* Thèse Paris, 1937.
SAMUEL. — *Du droit de pétition sous la Révolution.* Thèse Paris, 1909.
SARDIN. — *Nature juridique des associations syndicales de propriétaires.* Thèse Bordeaux, 1939.
SAVIDAN. — *Mise en mouvement de l'action publique par les particuliers et abus.* Thèse Rennes, 1934.
SCHLOSSER. — *Les actes diplomatiques considérés comme actes de gouvernement.* Thèse Paris, 1933.
SERMET. — *Le droit de grâce.* Thèse Toulouse, 1901.
SIBERT. — *Le concours comme mode juridique de recrutement de la fonction publique.* Thèse Paris, 1912.
SIGNORET. — *Le garde champêtre officier de police judiciaire.* Thèse Toulouse, 1931.
SIMONOVITCH. — *Les théories contemporaines de l'Etat.* Thèse Paris, 1939.
SOTO (DE). — *Contribution à la théorie des nullités des actes administratifs unilatéraux.* Thèse Paris, 1941.
SOTO (DE). — *La promulgation des traités.* Paris Pedone, 1945.

TARI. — *Des moyens d'assurer l'exécution des jugements rendus contre l'Administration et principalement du système d'astreinte consacré par l'article 7 de la loi roumaine sur le contentieux administratif du 23 décembre* 1925. Thèse Paris, 1933.
TEITGEN. — *La police municipale.* Thèse Nancy, 1934.
TESTE. — *Le service public d'eau, de gaz et d'électricité.* Dalloz, 1940.

TEYTAUD. — *L'usurpation de pouvoir en droit administratif.* Thèse Paris, 1937.

TIBERGHEN. — *L'initiative des lois en dehors du Gouvernement et des Chambres.* Thèse Dijon, 1902.

TOULEMON. — *Le respect de la chose jugée et la crise.* Sirey, 1939.

TOUZET. — *Des rapports hiérarchiques des agents de l'Administration Générale.* Thèse Bordeaux, 1904.

TROUILLAS. — *La responsabilité des administrations publiques en matière de police.* Thèse Paris, 1943.

TSOH. — *Etude sur les procédés d'avancement et de recrutement des fonctionnaires publics en France.* Thèse Lyon, 1935.

TUNC. — *Le particulier au service de l'ordre public.* Dalloz, 1943.

VALAT. — *Les dommages causés par les travaux publics.* Thèse Montpellier, 1916.

VALLIMARESCO. — *La justice privée en Droit moderne.*

VAN DEN DRISSCHE. — *La faute du préposé génératrice de la responsabilité civile du commettant.* Thèse Lille, 1924.

VENLES. — *De l'obligation de ratifier les traités régulièrement conclus.* Thèse Paris, 1921.

VERGNE. — *La responsabilité civile des Membres du Ministère public.* Thèse Strasbourg - Clermont-Ferrand, 1942.

VERSTRAETE. — *Des fonctions de police judiciaire de la gendarmerie nationale.* Thèse Paris, 1910.

VIATTE. — *Le veto législatif aux Etats-Unis et dans la Constitution française de* 1791. Thèse Paris, 1901.

VIAUD. — *Le droit de grâce à la fin de l'ancien régime et son abolition pendant la Révolution.* Thèse Paris, 1906.

VOISENET. — *La théorie de la faute lourde en droit privé.* Thèse Dijon, 1934.

VARANGOT. — *La substitution du Préfet et du Sous-Préfet au Maire.* Thèse Paris, 1932.

VRABRIESCO. — *Contribution à l'étude critique du droit de grâce.* Thèse Paris, 1921.

WEI-TENG-LIN. — *Le pouvoir discrétionnaire de l'Administration.* Thèse Lyon, 1944.

WELTER. — *Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative.* Thèse Nancy, 1929.

ZARZYCKI. — *La demande en justice.* Thèse Caen, 1937.

ARTICLES DE REVUES. — DIVERS

ARTUR. — Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions. *Revue du Droit Public* 1902.

AULAGNON. — Situation juridique de l'usager titulaire d'une police d'abonnement à l'égard de la Compagnie concessionnaire de service public. *Revue trimestrielle de Droit civil* 1924.

BÆQUE (DE). — La responsabilité de la puissance publique. *Revue du Droit Public* 1944, page 202.

BARCKHAUSEN. — Etude sur la théorie générale du domaine public. *Revue du Droit Public* 1902. 18, 401 et 1903, 19, 31.

BARTHÉLÉMY. — A propos de l'exercice du droit de grâce. *Revue du Droit Public* 1904, page 537.

— De la liberté du Gouvernement à l'égard des lois dont il est chargé d'assurer l'application. *Revue du Droit Public* 1907, page 296.
— Les obligations de faire et de ne pas faire en Droit public. *Revue de Droit Public* 1912, page 505.
— L'ordre hiérarchique et la responsabilité. *Revue de Droit public* 1914, page 471.

Basdevant. — La conclusion et la rédaction des traités et des instruments diplomatiques autre que les traités. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international* 1926. V. 535.

Baudin. — La relativité de la force exécutoire des décisions de justice. *Revue critique de législation et de jurisprudence* 1937, page 69.
— L'intervention de l'autorité administrative dans l'exécution des décisions de justice. *Lois nouvelles* 1943.

Belin. — Le principe d'égalité devant les charges publiques à l'époque révolutionnaire et son influence sur la jurisprudence administrative moderne. *Revue du Droit public* 1934, page 385.

Berlia. — Du mandat impératif. In Refaites une Constitution. *Edition La Jeune Parque*, page 77.
— L'élaboration de la Constitution par l'Assemblée Nationale constituante. *Revue du Droit Public* 1946, page 153.
— Le projet de Constitution française du 19 avril 1946. *Revue du Droit Public* 1946, page 234.

Barthélémy. — Le Pouvoir règlementaire du Président de la République. *Revue politique et parlementaire* 1898, page 5.
— Exercice de la souveraineté par l'autorité administrative. *Revue du Droit Public* 1904, page 209.

Besson. — Nationalisation et organisation de l'industrie des assurances. *Droit Social* 1946, p. 212.

Blaevoet. — Des atteintes à la propriété privée en raison des travaux publics. *Revue du Droit Public* 1926, page 65.
— De l'anormal devant les hautes juridictions civiles et administratives. *J. C. P.*, 1946, 1, 560.
— Vers les établissements mixtes pour les entreprises publiques. *D.*, 1948, *Chr.* page 21.

Bonnard. — L'origine de l'ordonnancement juridique. *Mélanges Hauriou.*
— Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir. *Revue du Droit Public* 1923, page 363.
— La théorie de la formation du Droit par degrés dans l'œuvre d'A. Merkl. *Revue du Droit Public* 1928, page 668.
— La nature juridique de la nomination des fonctionnaires publics dans le Droit positif français. *Revista de Drept public* 1930, page 1.
— Les Droits publics subjectifs des administrés. *Revue du Droit Public* 1932, page 695.
— La compensation en Droit public. *Revue de Science et de Législation financière* 1911, page 1.

Borchard. — La protection des nationaux à l'étranger et le changement de nationalité d'origine. *Revue de Droit international et de législation comparée* 1933, pages 421 et 467.

Bosc. — Théorie des pouvoirs de guerre et des actes de Gouvernement. *Revue du Droit Public* 1926, page 186.

Bremond. — Examen doctrinal. *Revue Critique de législation et de jurisprudence* 1890, page 170.

— Des actes de Gouvernement. *Revue du Droit Public* 1895, T. 5, page 23.

Cabrillac. — L'organisation du crédit et les nationalisations de banque. *J. C. P.*, 1946, 1, 496.

Cahen-Salvador. — La Régie nationale des Usines Renault. *Droit social* 1946, page 208.

Calbairac. — Exécution des décisions de justice. *D.*, 1947, Chr. page 85.

Capitant. — La double notion du travail public. *Revue du Droit public* 1929, page 507.

Charlier. — Les fins du Droit public moderne. *Revue du Droit Public* 1947, page 127.

Charmont. — Analogies des jurisprudences civiles et administratives. *Revue trimestrielle de Droit civil* 1906, page 842.

Chrétien. — Les partis et la Constitution. In *Refaites une Constitution*, page 117.

Delbez. — L'excès de pouvoir comme source de responsabilité. *Revue du Droit Public* 1932.

Delpech. — Chronique Constitutionnelle de France. *Revue du Droit Public* 1903, page 130, 1904, page 358, 1906 page 97.

Desjardins. — De l'effet de la prise à partie sur les décisions judiciaires. *Revue critique de législation et de jurisprudence* 1877.

Deslandres. — La crise de la société politique et le problème de la méthode. *Revue de Droit Public* 1902.

— Etudes sur le fondement de la loi. *Revue du Droit Public* 1908, page 5.

Donnedieu de Vabres (J.). — La Constitution de 1946 et le droit international. *D.*, 1948, Chr., page 5.

Duez. — Le développement jurisprudentiel de la responsabilité de la puissance publique. *Revue critique de législation* 1925.

— Esquisse d'une définition réaliste des Droits Publics individuels. *Mélanges Carré de Malberg*, page 132.

Duguit. — De la situation des particuliers à l'égard des services publics. *Revue du Droit Public* 1907, page 411.

— Situation juridique des particuliers faisant usage des services publics. *Mélanges Hauriou.*

— Des moyens qui doivent appartenir aux administrés pour contraindre les administrateurs à se conformer aux décisions des juridictions administratives. *Rapport au* 17me *Congrès National de la propriété bâtie.* Paris, 1918.

— Les doctrines juridiques objectivistes. *Revue du Droit Public* 1927, page 537.

Fréjaville. — La réquisition pour logement. *J. C. P.*, 1946, 1, 557.

Gaudemet. — Le déclin de l'autorité hiérarchique. *Dalloz*, 1947, Chr., page 137.

Gazier. — Le contrôle de la légalité de réquisitions immobilières. *Revue du Droit Public* 1947, page 24.

— commentaire de la loi du 19 octobre 1946. *Dalloz,* 1947, L., page 177.

Gervais. — Les décrets-lois. *Revue du Droit Public* 1946, page 511.

Graux. — La loi et les règlements d'administration publique. *Revue politique et parlementaire* 1899, T. 20, page 460.

Hamel. — La nationalisation du crédit. *Dalloz* 1946, Chr., page 21.

— Le nouveau statut professionnel des banques françaises. *Droit social* 1946, pages 310 et 349.

Hauriou (A.). — Le droit de révocation populaire. *Revue politique et parlementaire* 1924, page 63.

Hauriou (M.). — Les actions en indemnités contre l'Etat pour préjudices causés dans l'Administration publique. *Revue de Droit Public* 1896, T. 16, page 51.

— Police juridique et fond du droit. *Revue trimestrielle de Droit civil* 1926.

— Le pouvoir discrétionnaire et sa justification. *Mélanges Carré de Malberg,* page 233.

Hébraud. — Commentaire de la loi du 15 juillet 1944 sur la Chambre du Conseil. *D.,* 1946, L. 333.

Herzog. — La loi et le règlement d'administration publique. *Revue du Droit Public* 1938, page 643.

Jacquelin. — La procédure administrative. R. D. P., 1903, 19.

Japiot. — Jurisprudence française en matière de procédure civile. *Revue trimestrielle de Droit civil* 1912, 771.

Jeze. — Appréciation par les gouvernants et leurs agents de l'opportunité d'agir. *Revue du Droit Public* 1943, page 1.

— De la force de vérité légale attachée par la loi à l'acte juridictionnel. *Revue de Droit Public* 1913, page 437.

— Sur ce qu'il convient d'appeler traités qui engagent les finances de l'Etat. *Revue de Droit Public* 1929, page 479.

— Le pouvoir de conclure les traités et les traités secrets. *Revue de Droit Public* 1912, parge 317.

— A quoi se reconnaît une autorité juridictionnelle. *Revue du Droit Public* 1905, page 759.

— De l'exécution des décisions administratives. *Revue du Droit Public* 1931, page 547.

— Classification des recours contentieux. *Revue du Droit Public* 1908, page 671.

— L'erreur de fait. *Revue du Droit Public* 1911, page 286 ; 1917, page 443 ; 1923, page 377.

— Essai d'une théorie générale de l'abstention en droit public. *Revue du Droit Public* 1905, page 764.

— Essai d'une théorie générale de la compétence pour l'accomplissement des actes juridiques en Droit Public français. *Revue du Droit Public* 1923, page 58.

— Essai d'une théorie générale des fonctionnaires de fait. *Revue du Droit Public* 1914, page 48.

— Indépendance du domaine public et des immeubles riverains. *Revue du Droit Public* 1910, page 713.

— Responsabilité pécuniaire de l'Etat en cas de préjudice causé par le fonctionnement d'un service public. *Revue du Droit Public* 1918, page 401.

— Responsabilité de l'Administration pour la réparation des dommages causés par le refus de l'Administration de prêter le concours de la force publique pour faire cesser l'occupation des usines par les ouvriers grévistes. *Revue du Droit public* 1936, page 498.
— L'engagement de faire en Droit Public. *Revue du Droit Public* 1922, page 71.
— Les offres de concours. *Revue du Droit Public* 1925, page 603.
— Le détournement de pouvoir. *Revue du Droit pubilc* 1944, page 58.
— Le fonctionnement du service public. *Revue du Droit Public* 1912, page 26.
— Négligences dans le fonctionnement d'un service public. *Revue de Droit Public* 1918, page 401.

KOPELMANAS. — Le contrôle de la constitutionnalité des lois. Refaites une Constitution. *Edition La Jeune Parque*, page 271.

KREJCI. — La promulgation des lois, sa relation avec le veto, la publication et le contrôle de la loi par le juge. *Compte rendu Giraud R. D. P.*, 1929, 165.

LACOIN. — De la responsabilité des magistrats. *Revue Pénitentiaire* 1901, page 1177.

LACROIX. — Le service public et la diligence des fonctionnaires. *Recueil de l'Académie de Législation de Toulouse* 1920-21, page 100.

LAFERRIÈRE. — La compétence du pouvoir exécutif et la coutume constitutionnelle. *Revue du Droit Public* 1944, page 20.
— Le recours contre le silence de l'Administration. *Revista de Drept Public* 1930.

LATOURNERIE. — De la faute et du risque à propos des dommages causés par les travaux publics. *Revue du Droit Public* 1945, page 5.

LAUBADÈRE (DE). — Les concessions dans les cimetières. *Revue du Droit Public* 1936, page 611.

LEFAS. — La promulgation des lois dans l'enceinte du Parlement. *Revue du Droit Public* 1927, page 672.

LEREBOURG-PIGEONNIÈRE. — Rapport sur les garanties de la liberté individuelle. *Revue Pénitentiaire* 1901, page 1130.

L'HUILLIER. — Commentaire de la loi du 8 avril 1946. *S.*, 1946, 5, 337.

LUCHAIRE. — Le statut des entreprises publiques. *Droit social* 1947, page 253.

LYON-CAEN. — Les diverses formules de nationalisation. *Droit social* 1945, page 21.

MAGNOL. — Commentaire de l'Ordonnance du 25 juin 1945. *Juris-classeur périodique* 1946, 1, 531.

MARIE. — L'avenir du recours pour excès de pouvoir. *Revue du Droit Public* 1901.

MAURY. — Observations sur les idées du Professeur H. Kelsen. *Revue critique de législation et de jurisprudence*, T. 49, 1929, 537.

MESTRE. — Gestion d'affaires et enrichissement sans cause en Droit administratif. *Recueil de l'Académie de Législation de Toulouse* 1913, 107.

— Exécution forcée des jugements d'expulsion et circulaires ministérielles. *D. C.*, 1941, Chr. VI, page 25.
— Les traités et le Droit interne. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international* 1931, IV, 38, page 255.

MICHOUD. — La gestion d'affaires appliquée au service public. *Revue générale d'Administration* 1894, T. 2, page 5.
— Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l'Administration. *Revue générale d'Administration* 1914-1915.
— De la responsabilité de l'Etat. *Revue du Droit Public* 1895, T. 4, page 259.

MIGNON. — La socialisation du risque. *D.*, 47, Chr. 37.

MORANGE. — Valeur juridique des principes contenus dans la déclaration des droits. *Revue du Droit Public* 1945, 229.
— Le déclin de la notion de service public. *D.*, 47, Chr. 45.

MOREAU. — L'initiative parlementaire. *Revue du Droit Public* 1901, 15, 251.

NGUYEN QUOC DINH. — La loi constitutionnelle du 2 novembre 1945 portant organisation provisoire des Pouvoirs Publics. *Revue du Droit Public* 1946, page 68.

NIBOYET. — La séparation des pouvoirs et les traités diplomatiques. *Mélanges Carré de Malberg*, page 601.

NOËL. — Les motifs dans les décisions des juridictions administratives. *Revue du Droit Public* 1925, page 380.

PELLOUX. — Le préambule de la Constitution. *Revue du Droit Public* 1947, 347.

PERREAU. — Quasi contrat en Droit civil et en Droit administratif. *Recueil de Législation Toulouse* 1913, page 148.
— Le contrôle hiérarchique. *Revue du Droit Public* 1897, T. 7, page 439, T. 8, page 62.

REGLADE. — L'arbitrage dans les conflits sociaux. *Revue du Droit Public* 1939, 313.
— Le prétendu contrôle de l'opportunité en matière de recours pour excès de pouvoir. *Revue du Droit Public* 1925, page 412.

RENARD. — La collaboration des administrés. *Revue générale du Droit* 1930.

RIVERO. — Le Maire exécuteur des délibérations du Conseil Municipal. *Revue critique de Législation et de Jurisprudence* 1937, 535.
— (et VEDEL). — Les problèmes économiques et sociaux de la Constitution du 27 octobre 1946. *Collection Droit Social*, n° 31.
— Incertitudes de la Constitution d'avril. *Etudes juin* 1946, 356.
— Vers la fin du Droit de la fonction publique. *D.*, 1947, Chr. 149.

ROBLOT. — Nationalisation du gaz et de l'électricité. *Droit Social* 1946, 1, 179.

ROLLAND. — L'Administration en temps de guerre. *Revue du Droit Public* 1915, 113.
— Responsabilité des communes en cas de troubles. *Revue du Droit Public* 1913, 350 ; 1914, 639.
— Le projet du 17 janvier et la question du décret-loi. *Revue du Droit Public* 1924, 42.

ROUAST. — Droits discrétionnaires et Droits contrôlés. *Revue trimestrielle de Droit civil* 1944, page 1.
ROUSSEL. — De la responsabilité pécuniaire des Ministres. *Revue du Droit Public* 1897, page 385.

SAINCTELETTE. — Des contrats d'utilité publique. *Revue de Droit International et de Législation comparée* 1898, 433.
SALEILLES. — La responsabilité précontractuelle. *Revue trimestrielle de Droit civil* 1907, 697.
SAUTY. — Le Tribunal des Conflits et la loi du 29 avril 1932. *Revue critique du Droit et de Jurisprudence* 1932, 364.
SIBERT. — Effet des traités vis-à-vis des individus. *Mélanges Manhaim*, page 312.
STUART (Graham). — Le Droit et la pratique diplomatique et consulaire. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* 1934, T. 2, page 463.
SOTO (DE). — La jurisprudence et la responsabilité de la puissance publique. *Revue du Droit Public* 1946, 181.
— Le renforcement de l'exécutif. *Refaites une Constitution*, page 236.

TCHERNOFF. — Montesquieu et J. J. Rousseau. *Revue du Droit Public* 1903.
— La protection des nationaux résidant à l'étranger. *Revue du Droit Public* 1901, T. 16, 552.
TROTABAS. — Les actes de gouvernement en matière diplomatique. *Revue critique de Législation et de Jurisprudence* 1925.

VEDEL. — Conceptions sociales et organisation politique. *Collection Droit Social*, mai 1947, page 9.
— La technique des nationalisations. *Droit Social* 1946, page 49.
VEL-DURAND. — La force publique et sa mise en mouvement. *Revue du Droit Public* 1905, page 40.
VILLEY. — La souveraineté nationale. *Revue du Droit Public* 1904, page 5.
VIZIOZ. — Observation sur l'étude de la procédure civile. *Revue générale de Droit, de Législation et de Jurisprudence*, 1927 à 1934.

WALINE. — La responsabilité de la poste d'après la jurisprudence administratice. *D. H.*, 1929, Chr. 69.
— Structure et organisation des Houillères Nationales du Nord et du Pas-de-Calais. *Droit Social* 1946, 121.
— Vers un reclassement des recours du contentieux administratif. *Revue du Droit Public* 1935, 205.
WEYR. — La doctrine de A. Merkl. *Revue Internationale de la théorie du Droit*, T. 2, 1927-28, page 215.
— La stufenthéorie de la théorie pure du Droit. *Revue Internationale de la théorie du Droit*, T. 8, 1934, 235.

X... — Du Ministère Public, son institution, sa dépendance, son action sur le juge. *Revue du Droit Public* 1901, T. 15, 385.
X... — Le juge d'instruction. *Revue du Droit Public*, 1902, T. 17, 18.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION .. 1

PREMIERE PARTIE

La mise en mouvement des services publics 7

TITRE I. — *LES SILENCES DE L'ADMINISTRATION* .. 9

CHAPITRE I. — LE DENI D'ADMINISTRATION .. 11

SECTION 1. — *La régie de la décision préalable* .. 11

Sous-Section 1 — Portée de la Règle .. 11

Sous-Section 2 — Fondement de la Règle .. 12

SECTION II. — *Le deni d'administration* .. 14

CHAPITRE II. — LE SILENCE DE L'ADMINISTRATION DEPUIS L'ART. 3 DE LA LOI DU 17 JUILLET 1900 .. 17

SECTION I. — *Les précédents* .. 17

SECTION II. — *L'article 3 de la loi du 17 juillet 1900* .. 19

Sous-Section 1 — La signification actuelle des silences de l'administration .. 19

§ 1 La nature juridique du silence d'après l'article 3 de la loi du 17 juillet 1900 .. 19

§ 2 De quelques autres significations du silence de l'Administration .. 22

Sous-Section II — La portée de l'article 3 de la loi du 17 juillet 1900 26

Sous-Section III — La procédure de la liaison obligatoire du contentieux .. 32

TITRE II. — *LE PROBLEME DE L'INEXECUTION ET DE L'INTERDEPENDANCE DES AUTORITES* .. 37

CHAPITRE I. — L'INITIATIVE DES LOIS .. 40

SECTION I — *Caractères de la loi* .. 40

SECTION 2 — *L'initiative gouvernementale des lois* .. 46

Sous-Section 1 — Le refus par le Gouvernement de présenter un projet de loi .. 46

Sous-Section 2 — L'irresponsabilité gouvernementale pour refus de présentation d'un projet de loi .. 49

SECTION 3 — *L'initiative parlementaire des lois* .. 53

Sous-Section 1 — L'initiative législative, acte souverain du Parlement .. 53

§ 1 Caractères de l'initiative législative .. 53

§ 2 Fondement de la souveraineté parlementaire en matière d'initiative législative .. 55

Sous-Section 2 — L'irresponsabilité juridique des membres du Parlement devant leurs électeurs .. 67

SECTION 4 — *L'initiative populaire des lois* .. 72

Sous-Section 1 — Le droit d'initiative populaire .. 73

Sous-Section 2 — Le droit de pétition .. 76

CHAPITRE II. — *L'INEXECUTION DES LOIS* .. 80

SECTION 1 — *Position du problème* .. 80

SECTION 2 — *La promulgation des lois* .. 86

Sous-Section 1 — Promulgation et publication .. 87

Sous-Section 2 — Nature et effets de la promulgation .. 88

Sous-Section 3 — La suspension de la loi dans les délais de promulgation .. 92

§ 1 La suspension de la loi pour inopportunité .. 93

§ 2 La suspension des lois qui supposent une révision de la Constitution .. 96

SECTION 3 — *L'exécution administrative des lois* .. 99

Sous-Section 1 — La publication des lois et des actes administratifs 99

§ 1 La nature de la publication .. 100

§ 2 Les effets de la publication .. 104

Sous-Section 2 — L'inexécution des Lois .. 107

I. — L'inexécution de la loi par mesure positive 108
§ 1 L'état de siège 109
§ 2 Les lois de pleins pouvoirs 112
§ 3 La théorie des pouvoirs de guerre 116
1° Les solutions jurisprudentielles 117
2° Le droit de nécessité 119

II. — L'inexécution de la loi par mesure négative 122
§ 1 L'inexécution proprement dite 123
1° Le refus d'application de la loi en général 124
2° Le refus d'application de la loi à une catogérie d'individus 126
§ 2 Pouvoirs du gouvernement dans l'émission des règlements de complément 128
1° Nature de l'obligation gouvernementale de compléter les lois 128
2° L'exécution des lois incomplètes 132

SECTION 4 — *Initiative, inexécution et suppression des règlements généraux* 136
Sous-Section 1 — Initiative et inexécution des règlements 136
§ 1 L'initiative des règlements 136
§ 2 L'inexécution des règlements 138
Sous-Section 2 — Supression des règlements 141

SECTION 5 — *L'inexécution des décisions des Assemblée délibérantes locales par leurs organes d'exécution* 144

CHAPITRE III. — *LE PROBLEME DE L'INEXECUTION ET DES RAPPORTS INTERNATIONAUX* 150

SECTION 1 — *L'inertie du service public diplomatique* 151
Sous-Section 1 — Le défaut de protection diplomatique 151
§ 1 Application de la théorie des actes de gouvernement 151
§ 2 Application du droit commun 155
Sous-Section 2 — La naissance et la mort des traités 159

SECTION 2. — *L'inexécution des conventions internationales* 164
Sous-Section 1 — Promulgation et publication des traités 166
§ 1 La Promulgation des traités 166
§ 2 La publication des traités 170
Sous-Section 2 — L'inexécution proprement dite des traités 172
§ 1 Les controverses doctrinales 172
§ 2 Caractère juridique de l'inexécution des traités 175

CHAPITRE IV. — *LE PROBLEME DE L'INEXECUTION DANS LA HIERARCHIE ET LA TUTELLE ADMINISTRATIVE* 181

SECTION 1. — *L'abstention des autorités hiérarchiques et de tutelle* .. 182
Sous-Section 1 — La Faute d'abstention 182
Sous-Section 2 — La mise en mouvement des pouvoirs hiérarchiques et de tutelle 187
§ 1 La mise en mouvement du pouvoir hiérarchique 188
§ 2 La mise en mouvement du pouvoir de tutelle 191

SECTION 2. — *L'inexécution par les autorités subordonnées ou contrôlées des décisions des autorités hiérarchiques ou de tutelle* 197

SECTION 3. — *Le défaut de transmission des requêtes entre autorités administratives* 202

CHAPITRE V. — *L'INEXECUTION PAR L'ADMINISTRATION DES DECISIONS DE JUSTICE* 206

SECTION 1. — *L'inexécution des décisions des juridictions civiles* 207
Sous-Section 1 — Position du problème 207
Sous-Section 2 — Fondement de l'obligatoin de l'Administration d'exécuter les décisions de justice 210
Sous-Section 3 — Sanction de l'inexécution de la chose jugée 212

SECTION 2. — *L'inexécution des peines prononcées par les juridictions répressives* 218

CHAPITRE VI. — *L'ABSTENTION DE L'ADMINISTRATION CONTRACTANTE ET LE RECOURS DES TIERS AU CONTRAT* 223

TITRE III. — LE DROIT AU FONCTIONNEMENT DES SERVICES PUBLICS 229

CHAPITRE I. — *LE DROIT A LA CREATION ET A L'ORGANISATION DES SERVICES PUBLICS* .. 231

SECTION 1. — *La création des services publics* .. 232
Sous-Section 1 — Création des services publics par la loi .. 233
Sous-Section 2 — Création des services publics par le pouvoir exécutif .. 234
Sous-Section 3 — La suppression des services publics .. 237

SECTION 2. — *L'organisation des services publics* .. 238
Sous-Section 1 — L'organisation proprement dite des services publics .. 238
Sous-Section 2 — Le recrutement des fonctionnaires .. 242
§ 1 Le pouvoir discrétionnaire de l'Administration .. 242
§ 2 La situation personnelle des fonctionnaires de fait .. 248

CHAPITRE II. — *LE DROIT A L'EXECUTION DES TRAVAUX PUBLICS* 252

SECTION 1. — *La compétence en matière d'inexécution d'un travail public* .. 253
Sous-Section 1 — La jurisprudence administrative .. 253
Sous-Section 2 — La jurisprudence judiciaire .. 256

SECTION 2. — *Fondement de la responsabilité de l'administration pour inexécution d'un travail public* .. 259
Sous-Section 1 — Les positions doctrinales .. 259
Sous-Section 2 — La faute d'inexécution de travail public comme manquement à une obligation de faire .. 264
Sous-Section 3 — La faute d'inexécution de travail public comme manquement à l'obligation d'assurer la sécurité .. 267
Sous-Section 4 — Le double fondement de la responsabilité de l'Administration pour inexécution d'un travail public .. 275

CHAPITRE III. — *LE DROIT AU FONCTIONNEMENT DES SERVICES PUBLICS ADMINISTRATIFS* .. 279

SECTION 1. — *Le droit au fonctionnement légal des services publics* 280
Sous-Section 1 — Les obligations de contracter de l'Administration 281
§ 1 Le refus de contracter relève en principe du pouvoir discrétionnaire .. 282
1° L'adjudication .. 284
2° L'approbation des contrats administratifs .. 287
3° Les offres de concours .. 290
§ 2 Les obligations légales de contracter .. 292
Sous-Section 2 — Fondement et contenu du droit au fonctionnement des serivces publics .. 297
§ 1 Le droit à la légalité du fonctionnement des services publics 297
§ 2 Le critère de la compétence liée .. 299
1° Théorie de Michoud .. 302
2° Théorie de Laun .. 303
3° Théorie de M. Duez et de M. Ludovici .. 303
4° Théorie de M. Chatelain .. 305
5° Théorie du doyen Bonnard et de M. Waline .. 307

SECTION 2. — *Le droit au fonctionnement égal des services publics* .. 311

SECTION 3. — *Abstention et responsabilité de l'Administration* .. 316
Sous-Section 1 — La faute d'abstention .. 317
§ 1 La détermination des cas d'abstention fautive .. 318
1° La carence du pouvoir de décision .. 318
2° Les négligences .. 320
3° Les retards .. 323
§ 2 L'appréciation de la gravité de l'abstention .. 325
Sous-Section 2 — L'abstention et la théorie du risque .. 328
Sous-Section 3 — Abstention illégale et abstention fautive .. 332

CHAPITRE IV. — *L'INERTIE DES SERVICES PUBLICS JURIDICTIONNELS* .. 339

SECTION 1. — *L'incompétence du juge administratif à connaître des litiges relatifs au défaut de fonctionnement des services publics juridictionnels* .. 341
Sous-Section 1. — La jurisprudence du Conseil d'Etat .. 341
§ 1 Recours mettant en cause l'inertie de la justice judiciaire .. 341
§ 2 Recours mettant en cause l'inertie de la justice administrative 344

Sous-Section 2 — La jurisprudence judiciaire 345
Sous-Section 3 — Fondement de l'incompétence du juge administratif 346
SECTION 2. — *La portée du principe de l'irresponsabilité de l'Etat en matière juridictionnelle* 350
SECTION 3. — *Fonctionnaires judiciaires susceptibles de prise à partie* 353
Sous-Section 1 — Fonctionnaires judiciaires et juges administratifs 353
Sous-Section 2 — Les magistrats du siège 355
Sous-Section 3 — Les magistrats du Parquet 356
Sous-Section 4 — Les officiers de police judiciaire 357
SECTION 4. — *Cas dans lesquels peut être mise en mouvement la prise à partie* 360
Sous-Section 1 — Dol, fraude ou concussion 360
Sous-Section 2 — Prise à partie expressément prévue par la loi 361
Sous-Section 3 — Fonctionnaires judiciairse déclarés responsables à peine de dommages-intérêts 362
Sous-Section 4 — Le déni de justice 362
Sous-Section 5 — La faute lourde professionnelle 367
SECTION 5. — *Efficacité de la prise à partie* 372

DEUXIEME PARTIE
La contrainte à l'encontre des pouvoirs publics 375

TITRE I. — LES PRINCIPES 377
CHAPITRE I. — *L'INDEPENDANCE DE L'ADMINISTRATION VIS-A-VIS DU JUGE* 378

CHAPITRE II. — *L'AUTORITE DE LA CHOSE JUGEE* 382
SECTION 1. — *Force obligatoire et force exécutoire* 382
SECTION 2. — *La méconanissance de la chose jugée* 384

TITRE II. — POUVOIR DU JUGE ET CONTRAINTE DIRECTE 391

CHAPITRE I. — *PORTEE ET CONTENU DE LA CHOSE JUGEE* 392
SECTION 1. — *Portée de la chose jugée* 392
SECTION 2. — *Contenu de la chose jugée* 393

CHAPITRE II. — *LES POUVOIRS DU JUGE* 395
SECTION 1. — *Les pouvoirs de substitution et de réformation* 395
Sous-Section 1 — Les pouvoirs de substitution 395
Sous-Section 2 — Les pouvoirs de réformation 397
SECTION 2. — *Le pouvoir d'injonction* 397
Sous-Section 1 — Absence de pouvoir d'injonction en tant que tel 397
1° La jurisprudence 398
2° La doctrine 401
Sous-Section 2 — Les succédanés de l'injonction 403
1° Distinction du renvoi pour ce que de droit et de quelques formes voisines 403
2° Le renvoi pour ce que de droit proprement dit 405
SECTION 3. — *La sanction par le juge de l'inexécution de la chose jugée* 408
Sous-Section 1 — L'annulation des décisions contraires à la chose jugée 408
Sous-Section 2 — La responsabilité de l'Administration au cas de refus d'exécution d'une décision de justice prononcée à son encontre 410

TITRE III. — VOIES D'EXECUTION SUR LES BIENS DE L'ADMINISTRATION ET CONTRAINTE INDIRECTE 413
SOUS-TITRE I. — La contrainte sur les biens de l'Administration 413

CHAPITRE I. — *L'ASTREINTE EN DROIT PUBLIC* 414
SECTION I. — *La nature juridique de l'astreinte d'après le droit privé* 414
SECTION 2. — *L'emploi de l'astreinte en droit public* 416
Sous-Section 1 — L'interdiction de principe 416
Sous-Section 2 — Les moyens proches de l'astreinte 418
1° La condamnation alternative 418
2° Dommages et intérêts moratoires. Anatocisme 420
3° Mode de fixation por le juge de la date du droit à réparation de la victime 421

CHAPITRE II. -*LES VOIES D'EXECUTION EN DROIT ADMINISTRATIF* 423
SECTION I. — *Le paiement des dettes de l'Etat* 424
§ 1 Les opérations de paiement 424
§ 2 Les recours juridictionnels contre les opérations de paiement 424

SECTION 2. — *Les voies d'exécution directe contre l'Administration* .. 425
§ 1 Textes et jurisprudence 425
1° Les textes 425
2° La jurisprudence 427
§ 2 Fondement de la prohibition des voies d'exécution 429
SECTION 3. — *Les voies d'exécution indirecte contre l'Administration* 433
Sous-Section 1 — L'hypothèque judiciaire 433
§ 1 L'hypothèque judiciaire en droit public 433
§ 2 Raisons qui permettraient de grever d'une hypothèque judiciaire les immeubles de l'Administration 434
§ 3 Raisons de la prohibition de l'hypothèque judiciaire 435
Sous-Section 2 — La compensation 437
§ 1 La compensation en droit privé 437
§ 2 Compensation et imputation 438
§ 3 La compensation en droit public 440
1° Les textes 440
2° La jurisprudence 441
3° Signification de la jurisprudence. Fondement de l'interdiction de la compensation en droit public 442
SOUS-TITRE II. — La contrainte sur les agents de l'Administration 445

CHAPITRE I. — *LA RESPONSABILITE CIVILE DES FONCTIONNAIRES ADMINISTRATIFS* 445
SECTION 1. — *L'inexécution des obligations de faire* 446
Sous-Section 1 — La doctrine 446
Sous-Section 2 — La jurisprudence 447
§ 1 La jurisprudence du Conseil d'Etat en matière d'autorisation de poursuivre les fonctionnaires administratifs 448
§ 2 La jurisprudence depuis l'abrogation de l'art. 75 450
1° Les négligences 451
2° Le refus du service légalement dû 453
Sous-Section 3 — Les effets pratiques de la responsabilité des fonctionnaires 458
SECTION 2. — *L'inexécution de la chose jugée* 460
Sous-Section 1 — La notion de faute personnelle 460
Sous-Section 2 — Lacunes et inefficacité du système 461

CHAPITRE II. — *LA MISE EN MOUVEMENT DE LA REPRESSION DISCIPLINAIRE PAR LES SIMPLES PARTICULIERS* 463
SECTION. 1 — *Intérêt du problème* 463
SECTION 2. — *L'impossibilité pour les particuliers de mettre en mouvement la répression disciplinaire* 465
Sous-Section 1 — Le droit positif 465
Sous-Section 2 — La nature de la répression disciplinaire 469
TITRE IV. — L'EXECUTION DU SERVICE PUBLIC PAR LES ADMINISTRES 473

CHAPITRE I. — *L'EXERCICE PAR LES CONTRIBUABLES DES ACTIONS APPARTENANT AUX COMMUNES* 479
SECTION I. — *Fonctionnement de l'article* 123 *de la loi du* 5 *avril* 1884 480
SECTION II. — *Portée et efficacité de l'institution* 483

CHAPITRE II. — *L'ACTION OBLIQUE EN DROIT PUBLIC* 486

CHAPITRE III. — *LA PARTICIPATION DES ADMINISTRES A L'EXECUTION D'UN SERVICE PUBLIC* 489

CHAPITRE IV. — *LA COLLABORATION PAR SUPPLEANCE* 493
SECTION 1 — *La gestion d'affaires en droit public* 493
SECTION 2 — *La théorie de la fonction de fait* 500
SECTION 3 — *L'enrichissement sans cause en droit public* 505

CHAPITRE V. — *LA MISE EN MOUVEMENT DE LA REPRESSION PENALE* 515
SECTION 1 — *Le pouvoir discrétionnaire de l'autorité publique* 515
SECTION 2 — *La mise en mouvement de l'action publique par les simples particuliers* 517
CONCLUSION 523
BIBLIOGRAPHIE 527

IMPRIMERIE MODERNE, 22, Rue Sainte-Ursule — TOULOUSE